

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

JOÃO MARCOS SILVA FERNANDES

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E O MANDADO DE
INJUNÇÃO: UM ESTUDO SOBRE O CASO ENVOLVENDO O DIREITO DE GREVE
DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS

CURITIBA
2011

JOÃO MARCOS SILVA FERNANDES

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E O MANDADO DE
INJUNÇÃO: UM ESTUDO SOBRE O CASO ENVOLVENDO O DIREITO DE GREVE
DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS

Monografia apresentada à Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Eneida Desiree Salgado.

CURITIBA
2011

TERMO DE APROVAÇÃO

JOAO MARCOS SILVA FERNANDES

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E O MANDADO DE INJUNÇÃO: UM ESTUDO SOBRE O CASO ENVOLVENDO O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ENEIDA DESIREE SALGADO
Orientador

*SERGIO FERNANDO MORO - Direito Penal e
Processual Penal*
Primeiro Membro

DANIEL WUNDER HACHEM
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao apoio para desenvolvimento deste trabalho por parte de minha orientadora, Prof^a Dra. Eneida Desiree Salgado, pela orientação, bem como pelo auxílio no desenvolvimento dos apontamentos e conclusões deste trabalho.

Ainda, à minha mãe Márcia, meu pai Antônio e à minha irmã Ana Cláudia pelo incentivo para realização desta monografia, bem como pelo tempo de convívio subtraído em decorrência desta.

RESUMO

O presente trabalho visa trazer à discussão o mandado de injunção e sua relação com os limites impostos à atividade jurisdicional, diante da existência de intensa controversa doutrinária e posicionamentos diversos por parte do Supremo Tribunal Federal quanto aos delineamentos básicos desta garantia, o que enseja discussões sobre os limites da atividade jurisdicional e sua legitimidade democrática na tomada de decisões políticas. A fim de contextualizar o problema, após a exposição dos delineamentos básicos do mandado de injunção e das diversas teorias acerca dos limites democráticos impostos à jurisdição constitucional, optou-se pela análise de um caso concreto, o do julgamento dos Mandados de Injunção n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA, concernentes ao direito de greve dos servidores públicos estatutários, responsável por uma mudança paradigmática na compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca do citada garantia constitucional. No âmbito do estudo de caso concluiu-se pela configuração de uma atuação ativista por parte do Tribunal, sobretudo na extensão *erga omnes* dos efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção, instrumento do controle difuso de constitucionalidade, com nítido caráter pragmático, envolvendo um interesse de auto-legitimação da Corte para solucionar a controvérsia social e configurando um verdadeiro processo de transferência desta decisão política ao Poder Judiciário, poder não submetido a controles de natureza democrática, conduzindo à imposição da interpretação da Corte sobre a dos demais poderes.

Palavras chaves: Mandado de Injunção. Ativismo judicial. Judicialização da política. Direito de greve. Servidores públicos estatutários.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1 O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO FORMA DE COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS.....	02
1.1 ORIGEM, CONCEITUAÇÃO DO INSTITUTO E NATUREZA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL.....	03
1.2 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E LEGITIMAÇÃO ATIVA E PASSIVA.....	11
1.3 PROCEDIMENTO E COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO.....	15
1.4 NATUREZA, OBJETO E EFEITOS DA DECISÃO.....	19
1.5 O PROJETO DE LEI N.º 6.218/2009.....	29
1.6 O MANDADO DE INJUNÇÃO E A QUESTÃO DOS LIMITES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	31
2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	32
2.1 ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	33
2.2 CONDIÇÕES MACRO-ESTRUTURAIS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL.....	36
2.3 O CONTEXTO BRASILEIRO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	39
2.4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, ATIVISMO JUDICIAL E AS TENSÕES ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA.....	43
2.5 UMA QUESTÃO SEM RESPOSTA CORRETA?.....	55
3 O MANDADO DE INJUNÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO ENVOLVENDO O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS.....	61
3.1 O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS NO BRASIL: HISTÓRICO, NATUREZA DA NORMA, INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS E TENTATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA.....	62
3.2 A MUDANÇA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..	70
3.3 O JULGAMENTO DOS MANDADOS DE INJUNÇÃO N.º 670/ES, 708/DF E 712/PA.....	72
3.4 ALGUNS ÓBICES À APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS LEIS N.º 7.783/89 E 7.701/88 À GREVE NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO.....	75
3.5 ATIVISMO JUDICIAL? UMA LEITURA DA DECISÃO SOB O VIÉS PROCEDIMENTALISTA, MINIMALISTA E SUBSTANTIVISTA.....	77
3.6 AS REPERCUSSÕES DA DECISÃO.....	91
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS	98

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo trazer à discussão a garantia do mandado de injunção e sua relação com os limites impostos à atividade jurisdicional. O tema se reveste de importância prática e teórica, tendo em vista que o mandado de injunção é concebido no ordenamento constitucional brasileiro como um instrumento destinado a garantir a eficácia dos direitos, liberdades e prerrogativas reconhecidos pela Constituição Federal, cujo exercício esteja obstaculizado por uma omissão do dever de legislar pelo órgão competente, ligando-se à própria efetividade do texto constitucional.

Diante da intensa discussão doutrinária e dos diversos posicionamentos que já foram expedidos pelo Supremo Tribunal Federal acerca dos delineamentos básicos desta garantia constitucional, sobretudo quanto à natureza, objeto e efeitos da decisão, nota-se que a opção por uma ou outra posição traz à baila questões ligadas aos limites da atividade jurisdicional e à legitimidade democrática do Poder Judiciário na tomada de decisões políticas, normalmente de atribuição dos poderes democraticamente eleitos.

Por este motivo, busca-se contextualizar tais discussões tendo em vista um caso concreto, optando-se por analisar a paradigmática decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA, no bojo dos quais a Corte deu provimento ao mandado de injunção criando uma regulamentação geral e abstrata para o exercício do direito de greve dos servidores públicos estatutários, com eficácia *erga omnes*, isto é, vinculando não apenas as partes envolvidas no processo, mas servindo de norma para os casos semelhantes. Tal atuação, além de ter representado uma mudança no modo como o Corte vinha interpretando a natureza e o objeto do provimento em sede de mandado de injunção nos casos que envolviam tal direito, suscitou um debate nos meios acadêmicos e doutrinários acerca de ter a Corte excedido ou não os limites impostos à sua atuação, motivo pelo qual o caso afigura-se adequado para a realização do estudo pretendido.

1 O MANDADO DE INJUNÇÃO COMO FORMA DE COMBATE ÀS OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS

O mandado de injunção é uma garantia constitucional, prevista no art. 5º, LXXI, da Carta Magna, tendo por objetivo precípua conferir efetividade aos direitos constitucionais obstaculizados pela omissão do órgão competente em legislar, dispondo a Constituição Federal que “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.”

Do texto constitucional é possível inferir que o papel da garantia inserida na Constituição Federal de 1988 é dar efetividade aos direitos constitucionalmente garantidos que tem sua eficácia obstaculizada pela ausência de norma regulamentadora. Por este motivo, é inegável que o instituto em tela se vincula “ao princípio de que as normas constitucionais são feitas para surtir efeitos, para incidir e ser aplicadas”, estando intimamente ligado a idéia de que “as normas jurídicas escritas não podem prever tudo, mas, mesmo na falta de norma expressa, não pode o Poder Judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV)”.¹

O seu principal objetivo é corrigir uma falha no sistema constitucional que permanecia sem solução anteriormente, consistente no fato de boa parte dos direitos constitucionais tornarem-se “letra morta” pela ausência de norma regulamentadora.² Daniel Wunder Hachem parece entender da mesma forma, ao pugnar que o mandado de injunção tem serventia justamente para garantir a efetividade do texto constitucional, sobretudo no campo dos direitos fundamentais:

Não se pode (...) admitir que a inação do Poder Público fulmine a força normativa das disposições constitucionais, sobretudo quando se tratar de direitos fundamentais, aos quais o constituinte atribuiu um regime jurídico reforçado, timbrado pela aplicabilidade imediata. Deve-se, nesses casos,

¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 165.

² ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 119, expõe que “O mandado de injunção é uma inovação auspiciosa e corrige grave falha no sistema constitucional. Até aqui, por falta de regulamento, muitos direitos tornavam-se letra morta. O regulamento é ato inferior à norma criativa do direito e jamais a sua falta poderia obstar o exercício do que é previsto pela fonte criadora”.

buscar a tutela jurisdicional para garantir a efetividade dos direitos fundamentais não regulamentados.³

1.1 ORIGEM, CONCEITUAÇÃO DO INSTITUTO E NATUREZA DA OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

O mandado de injunção é uma garantia nova, prevista pela primeira vez no ordenamento brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A doutrina, contudo, diverge sobre a origem do instituto consagrado no art. 5º, LXXV, da Carta Magna, existindo interpretações que o aproximam de institutos existentes no direito anglo-americano, italiano, francês, alemão e portugueses.⁴

A maioria da doutrina entende que a ação injuncional é uma “flor nativa”⁵ do direito brasileiro, sem sucedâneo idêntico no direito alienígena⁶, não possuindo “antecedente legislativo nem doutrinário no direito brasileiro”.⁷

Outro é o entendimento de José Afonso da Silva, para o qual o remédio constitucional guarda estreitas semelhanças com o instituto da *injunction* do *common law* inglês, por se assentar no remédio da *equity* do direito anglo-saxão, embora ressalte que sua inspiração mais próxima teria sido mesmo o *writ of injunction* do direito norte-americano⁸, ação que tem por objetivo obrigar a prática de ato cuja omissão causaria violação de direito, constituindo instrumento para proteção das garantias civis fundamentais.⁹

³ HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009, p. 133.

⁴ Para uma visão ampla sobre o tema, ver: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara de. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999, p. 47-57.

⁵ A expressão é de Luís Roberto BARROSO (**O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 253).

⁶ Neste sentido, Luís Roberto Barroso (*O Direito Constitucional e a Efetividade...*, p. 253); Celso Ribeiro Bastos (**Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 250); José Cretella Júnior (**Os Writs na Constituição de 1988**: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular. 2ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996, p. 97); Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p.55-57).

⁷ SIDOU, José Maria Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 267.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual...*, p. 165.

⁹ ACKEL FILHO, Diomar. *Op. cit.*, p.115-116.

Todavia, sem embargo da influência que o instituto tenha sofrido, impende observar que o writ do direito norte-americano pouco guarda relação com o remédio constitucional em comento. Como leciona José Cretella Júnior,

No direito norte-americano, inglês e no direito de família do *common law*, o *writ of injunction* é a ordem jurídica da Corte de Justiça, que proíbe pessoa – ou grupo de pessoas – de praticar determinada ação, ou que ordena que certa ação seja realizada. Em suma, no direito inglês e norte-americano, o *writ of injunction* equivale, ou tem a natureza jurídica da antiga “ação cominatória”, do direito brasileiro. É determinação do Poder Judiciário ao particular, consistindo em um “*facere*”, ou em um “*non facere*”.¹⁰

José Maria Sidou aponta, inclusive, que o termo *injunction* teria o significado de “ordem proibitiva”, posto que lá ele serve para “impedir a execução da lei ou do ato reclamado, a fim de tolher a violação do direito por ente público ou particular.” motivo pelo qual a nomenclatura seria inadequada para o direito brasileiro.¹¹ Conclui o autor, assim, que a figura do direito pátrio mais se aproximaria, em natureza, ao *writ of mandamus*.¹²

O remédio constitucional pátrio, igualmente, não guarda maiores semelhanças com a *ingiunzione* do direito italiano, pois nos dizeres de Roberto Sciacchiato, esta é “um instituto processual mediante o qual pode conseguir-se uma decisão de condenação de forma mais simples que a do processo ordinário”.¹³

Por sua vez, José Joaquim Calmon de Passos assevera que o problema da inconstitucionalidade por omissão começou a ser enfrentado na Constituição da

¹⁰ CRETTELA JÚNIOR, José. *Op. cit.*, p. 101. Igualmente apontando a dissociação existente entre o instituto pátrio e o do direito norte-americano, ver José Joaquim Calmon de Passos (**Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data: Constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 103-104.) e também Hely Lopes Meirelles, Gilmar Ferreira Mendes e Arnaldo Wald (**Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 324).

¹¹ SIDOU, José Maria Othon, *Op. cit.*, p. 268.

¹² Para maiores esclarecimentos sobre os diversos writs do direito norte-americano, ver José Maria Othon Sidou (*Op. cit.*, p. 268-269). Sobre o tema, precisa é a lição de Diomar Ackel Filho (*Op. cit.*, p. 115), ao demonstrar por que o remédio constitucional brasileiro não se assemelha, quanto ao objeto, ao remédio norte-americano ou a outros existentes no direito comparado: “Cotejando o direito comparado, verifica-se que a *injunction* do direito norte-americano constitui remédio típico, instrumento de largo uso, visando sempre impedir a lesão a um direito. No sistema francês, apresenta-se como medida de caráter restrito a certos provimentos judiciais, imiscuídos de conteúdo mandamental-policia, quer caracterizado como ordens genéricas. Na Alemanha, é remédio contra ilegalidades governamentais que violem direitos constitucionais. Em Portugal, não se cuida de injunção, mas de diverso instituto versante sobre o não-cumprimento dos direitos fundamentais por omissão legislativa, ensejando mecanismo para que o órgão competente supra a norma em tese, editando-a”.

¹³ SCIACCHIATANO, Roberto. *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, 1971, v. 21. Apud: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ªed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 324.

República Federal da Alemanha do pós segunda guerra mundial, quando a Corte Constitucional daquele país passou a aplicar o entendimento de que todas as normas constitucionais deveriam ser aplicáveis, de modo que no caso de omissão por parte do Poder Legislativo ou Executivo em seu dever de legislar a Corte deveria definir, no caso concreto, o modo como o sujeito impetrante exerceria tais direitos, regulamentação esta válida apenas *in casu*.¹⁴

Diante da constatação de que o instituto em tela serve para combater “o descrédito da Constituição causado pela inércia do legislador”¹⁵, visando dar efetividade aos dispositivos constitucionais cuja incidência se encontra obstaculizada pela ausência de norma regulamentadora, torna-se importante aventar qual seria a natureza da omissão inconstitucional argüível pela via do mandado de injunção.

Nos termos expressos na Carta Magna, ele é restrito às hipóteses em que a ausência de norma regulamentadora obstaculiza o exercício de um direito previsto constitucionalmente, sendo que a expressão “norma regulamentadora”, nos precisos dizeres de Luís Roberto Barroso, deve ser entendida de modo amplo, como “toda medida para tornar efetiva norma constitucional”.¹⁶

Deste modo, no campo da aplicabilidade das normas constitucionais, com base na classificação tradicional feita por José Afonso da Silva, entre normas de eficácia plena¹⁷, contida¹⁸ e limitada, o mandado de injunção tem serventia para conferir efetividade às normas de eficácia limitada presentes naquele texto¹⁹, não obstante tal classificação seja questionada por alguns autores.^{20 21}

¹⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Op. cit.*, p. 92-93.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade...*, p. 253.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade...*, p. 258. O mesmo sentido é atribuído à expressão por José Afonso da Silva (*Comentário Contextual...*, p. 166).

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Para o autor (*Aplicabilidade das Normas...*, p. 101), normas de eficácia plena são “aquelas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.”

¹⁸ *Ibidem*, p. 106. O autor (*Aplicabilidade das Normas...*, p. 106) diz que normas de eficácia contida “são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados”.

¹⁹ *Ibidem*, p. 118. Leciona José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das Normas...*, p. 118), que normas de eficácia limitada são “aquelas que dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte”.

²⁰ Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva (**O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em 24/09/2011) rejeita a dicotomia proposta por José Afonso da Silva. O autor parte da idéia de que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais deve

A expressão “norma regulamentadora”, assim, abarca não apenas as medidas de competência do Poder Legislativo, mas igualmente atos de natureza administrativa, quando a estes caiba regulamentar o direito pretendido²², como já decidiu o Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.º 107/DF.²³

Além disso, como se infere do conceito do próprio instituto, o mandado de injunção só pode ser utilizado para situações em que se configure uma omissão do órgão competente que obstaculiza o exercício do direito, liberdade ou prerrogativa do impetrante. Faz-se necessário, ainda, que o direito, liberdade ou prerrogativa seja efetivamente assegurado pela Constituição Federal. Como aponta Celso Ribeiro Bastos, não basta para invocar o remédio constitucional a existência de uma mera expectativa de direito:

É necessária, pois, a existência de um direito subjetivo concedido em abstrato pela Constituição, cuja fruição está a depender de norma regulamentadora. Diferente é a situação quando a Constituição apenas

ser definido a partir de um “suporte fático amplo”, estendendo a proteção a todas as condutas que *a priori* se encaixam no “âmbito temático” de determinado direito, só sendo possível determinar o que um direito fundamental protege definitivamente tendo em vista as circunstâncias fáticas e as colisões entre os direitos e interesses no caso concreto, após sopesamento ou, se for o caso, aplicação da regra da proporcionalidade. Na sua acepção, assim, nenhum direito fundamental é desde já plenamente aplicável, pois o seu âmbito de incidência depende da definição destas questões. Neste sentido é que ele fala que todo direito fundamental é restringível e regulamentável, o que elide a classificação tradicional proposta por José Afonso da Silva, uma vez que derruba a distinção entre normas de eficácia plena e contida, que se baseia justamente na não restringibilidade da primeira e na restringibilidade da última, bem como entre estas normas e as de eficácia limitada, posto que todas as normas são limitáveis em sua eficácia. Pelo exposto, o autor enfatiza que o critério para saber se houve uma restrição permitida (constitucional) ou uma violação (inconstitucional) ao conteúdo essencial de tais direitos residiria na exigência de fundamentação constitucional da intervenção estatal, apontando que restrições que passem pelo crivo da proporcionalidade não afetariam o “conteúdo essencial” dos direitos restringidos. Diante de uma intervenção estatal não fundamentada haveria uma violação, que geraria uma consequência jurídica, normalmente de cessação da intervenção.

²¹ Daniel Wunder Hachem [A Concretização Jurisdicional de Direitos Fundamentais: elementos para uma nova construção do mandado de injunção no direito brasileiro. 186f. Trabalho de Graduação (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008, p. 45, 139 e 143] explicitando que a distinção realizada por José Afonso da Silva não tem cabimento no âmbito dos direitos fundamentais, prefere entender que “para a propositura dessa ação é preciso que a disposição constitucional definidora do direito seja dotada de baixa densidade normativa”, o que se referiria “de um lado, aos direitos definidos em normas que apresentam expressões como na ‘forma da lei’, ‘nos termos da lei’ ou ‘a lei estabelecerá’, e de outro, aos direitos que, apesar de não haver exigência expressa de regulamentação do seu exercício, demandam mediações concretizadoras para a plena produção de seus efeitos”.

²² ACKEL FILHO, Diomar. *Op. cit.*, p. 117. Compartilham de tal entendimento: Luís Roberto Barroso (O Direito Constitucional e a Efetividade..., p. 258) e Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p. 73).

²³ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 31/10/1990, DJ 02/08/1991.

outorga expectativa de direito, e, portanto, a norma regulamentadora faltante se presta a transformar essa mera expectativa em direito subjetivo. Nesse caso, não cabe mandado de injunção e sim ação direta de inconstitucionalidade por omissão.²⁴

Neste liame, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que não cabe o uso do instituto quando a norma constitucional for auto-aplicável²⁵, prescindindo de regulamentação para gerar seus efeitos. Como leciona Luís Roberto Barroso nos casos em que uma autoridade se recusar a aplicar uma norma constitucional auto-aplicável não cabe mandado de injunção, mas sim mandado de segurança.²⁶ No mesmo sentido, destaca José Afonso da Silva que “O direito, a liberdade ou as prerrogativas estabelecidos em normas constitucionais regulamentadas, quando não satisfeitos, só podem ser reclamados por outro meio judicial (mandado de segurança, ação cautelar inominada, ação ordinária)”.²⁷

O remédio, igualmente, não é cabível no caso de normas cuja eficácia dependa de regulamentação posterior desde que não ultrapassado o prazo previsto na Constituição Federal para elaboração da norma regulamentadora²⁸ e, tampouco, diante da existência de norma tida por insatisfatória.²⁹³⁰

²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p. 251. Neste sentido precisa é a lição de José Maria Othon Sidou (*Op. cit.*, p. 272) de que “o indivíduo, em face do preceito regulamentável, não tem, como possa parecer, uma expectativa de direito. É dele o detentor, e a falta do modo de vê-lo efetivado é que o arma com uma garantia contra quem, tendo competência para defini-lo, deveria fazer e não fez. (...) Em termos específicos: o mandado de injunção não é um direito; é mais, é uma garantia de direitos, de natureza ativa.”

²⁵ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 211/DF, Rel. Min. Octavio Galotti, j. 10/11/1993, DJ 18/08/1995; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 292/DF, Rel. Min. Octavio Galotti, j. 05/09/1991, DJ 11/10/1991; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 626/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14/03/2001, DJ 18/06/2001. A ementa do segundo julgado citado consigna: “Delegados de Polícia do Distrito Federal. Pretensão a isonomia de vencimentos, com as chamadas “carreiras jurídicas” (artigos 39, par-1., 135 e 241 da Constituição). Mandado de injunção de que não conhece o Tribunal, por impropriedade do instrumento processual utilizado, dado que não se aponta falta de norma reguladora, postulando-se, efetivamente, o reconhecimento de automática equiparação, decorrente de norma constitucional, que seria auto-aplicável.”

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade...*, p. 259.

²⁷ SILVA, José Afonso. *Comentário Contextual...*, p. 166.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade*, p. 258. No mesmo sentido é o entendimento de Diomar Ackel Filho (*Op. cit.*, p. 118).

²⁹ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, AgR no MI n.º 600/BA, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 26/03/2003, DJ 09/05/2003. Assim dispõe a ementa do julgado: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO: EXISTÊNCIA DA NORMA INFRACONSTITUCIONAL: NÃO-CABIMENTO DA INJUNÇÃO. C.F., art. 5º, LXXI. I.- A norma regulamentadora, infraconstitucional, existe. Todavia, o impetrante a considera insatisfatória. Caso de não-cabimento do mandado de injunção. II.- Negativa de seguimento ao pedido. Agravo não provido. Este entendimento é compartilhado por Luís Roberto Barroso (*O Direito Constitucional e a Efetividade...*, p. 258) e por Hely Lopes Meirelles, Gilmar Ferreira Mendes e Arnoldo Wald (*Op. cit.*, p. 325-326), os quais apontam, também, que o remédio constitucional não se mostra apto para discutir a constitucionalidade, ilegalidade ou descumprimento de norma que se encontra plenamente em vigor. Tampouco serve para que se reclame a observância de uma norma existente que não vem sendo obedecida.

A Corte Suprema também já se manifestou pelo descabimento do remédio quando o exercício do direito constitucionalmente assegurado não encontra obstáculo, embora persista a omissão do poder competente em elaborar a norma regulamentadora³¹, posição com a qual concorda parte da doutrina.³²

Além disso, em outras ocasiões, a Corte Suprema já decidiu que não cabe mandado de injunção quando a própria Carta Magna regula o direito em questão, ainda que provisoriamente, enquanto a norma regulamentadora não é promulgada³³, nem diante de situação na qual lei preexistente à nova ordem constitucional regula a situação jurídica em questão³⁴. Cabe frisar, ainda, que a Corte já manifestou entendimento de que quando a Constituição não prevê prazo para a edição da norma regulamentadora, o mandado de injunção seria cabível com base no critério da razoabilidade, asseverando que só restaria caracterizada a mora legislativa com a superação excessiva do prazo, isto mesmo que haja projetos de lei tramitando nas Casas Legislativas sobre o tema.³⁵ Por fim, cabe mencionar que o Supremo Tribunal Federal já negou conhecimento ao remédio constitucional em caso em que a parte impetrante exigia certa interpretação à lei infraconstitucional.³⁶

³⁰ Neste ponto, cabe diferenciar a norma tida por insatisfatória dos casos relativos à omissão legislativa parcial. José Joaquim Gomes Canotilho (**Direito Constitucional**. 3ªed. Coimbra: Almedina, 1983, p. 1005-1006 e 1035) traça a diferença entre as omissões legislativas parciais e as chamadas “situações de inadequação”. Estas decorrem do não cumprimento pelo legislador ordinário da obrigação de melhorar, atualizar, aperfeiçoar ou corrigir normas existentes, não se referindo à ausência total ou parcial da lei, mas sim a falta de adaptação ou aperfeiçoamento de leis existentes. Ao passo que a omissão legislativa parcial são “omissões derivadas de os actos legislativos favorecerem certos grupos ou situações, esquecendo outros grupos e outras situações que preenchem os mesmos pressupostos de facto”. Para o autor, existiria omissão legislativa quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever de emanar normas destinadas a efetivar as “imposições legiferantes estabelecidas na Constituição”. Assim, partindo da distinção feita pelo autor é possível dizer que a “norma tida por insatisfatória” se enquadra dentre as “situações de inadequação”, tendo em vista que inexistente omissão legislativa.

³¹ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 257-6/DF, j. 10/11/1993, DJ 22/11/1993; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 81-6, j. 02/08/1990, DJ 31.08.1990. Ementa do primeiro julgado: “Mandado de injunção não conhecido, dado que o exercício do direito dos pensionistas não necessita, para ser viabilizado, de lei regulamentadora”.

³² SIDOU, José Maria Othon. *Op. cit.*, p. 272. Flávia Piovesan (**Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995, p. 148) destaca que “não basta para a concessão da injunção a falta de norma regulamentadora. Faz-se necessário que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais.”

³³ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 628-8/RJ, j. 19/08/2002, DJ 26/08/2002.

³⁴ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 60-3/DF, Rel. Min. Marcos Aurélio, j. 12/09/1990, DJ 27/09/1990; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 81-6/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02/08/1990, DJ 30/08/1990.

³⁵ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 584/SP, Rel.Min Moreira Alves, j. 29/11/2001, DJ 17/12/2001; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 361/RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 08/04/1994, DJ 17/06/1994; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 715/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j.15/06/2005, DJ 22/06/2005.

³⁶ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 152-9/DF, Rel. Min. Célio Borja, j. 21.03.1990, DJ 19.04.1990.

Conforme posicionamento da Corte Suprema na Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.º 107/DF³⁷, a omissão constitucional atacável pela via do mandado de injunção pode ser parcial ou total. A primeira ocorre em decorrência da execução incompleta do dever constitucional de legislar, “que se manifesta seja em razão do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, seja em razão do processo de mudança nas circunstâncias, fático-jurídicas que venha afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente) seja, ainda, em razão de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade)”.³⁸ Por sua vez, omissão total ocorreria nas situações nas quais a implementação do dispositivo constitucional é prejudicada pela inércia legislativa.³⁹

Outra questão deveras importante é definir quais seriam os direitos, liberdades e prerrogativas que podem ser alvo de impetração do mandado de injunção. O tema gera controvérsias, sobretudo, quanto à abrangência da expressão “direitos” contida no Art. 5º, LXXI, do texto constitucional.

Em decorrência do contido no preceito constitucional que consagra o mandado de injunção, e do fato dele ligar o instituto ao exercício de direitos e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, muitos doutrinadores defenderam sua aplicação restrita aos direitos e garantias contidos no art. 5º da Constituição Federal e aos direitos políticos previstos no art. 12 a 16 da Carta Magna, não servindo o instrumento à tutela de outros direitos e garantias constitucionais.⁴⁰

Para outra parcela da doutrina, numa visão um pouco mais ampla, em decorrência da ligação do remédio com o princípio da auto-aplicabilidade das normas que disciplinam direitos e garantias fundamentais, consagrado no art. 5º, §1º, do texto constitucional, e diante da inserção do mandado de injunção no Título II

³⁷ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 31/10/1990, DJ 02/08/1991.

³⁸ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1207.

³⁹ *Idem*. No mesmo sentido é a lição de Flávia Cristina Piovesan (*Op. cit.*, p. 149-150) e Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p. 75-76).

⁴⁰ Neste sentido é a visão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (**Curso de Direito Constitucional**. 34ªed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 325), que entende que o instituto visa assegurar apenas direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e à cidadania, conforme expressa previsão constitucional, excluindo os direitos sociais do seu campo de incidência.

da Constituição Federal, “Dos direitos e garantias fundamentais”, o instituto seria cabível para a defesa dos direitos contidos neste título, inclusive de caráter social.⁴¹

José Maria Sidou, por sua vez, assevera que o mandado de injunção se aplicaria a todos os direitos fundamentais, se estendendo a todos os direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal, com base no art. 5º, §2º do texto constitucional.⁴²

José Afonso da Silva, por outro lado, consigna uma visão ainda mais ampla sobre o âmbito de incidência do remédio constitucional em tela, destacando que ele visa assegurar o exercício de qualquer direito constitucional pendente de regulamentação, quer este tivesse natureza individual, coletiva, político ou social, bem como de liberdade constitucional não regulamentada.⁴³

Este parece ser o melhor entendimento, e tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento da Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.º 107/DF.⁴⁴ Como nos lembra Celso Agrícola Barbi, a enumeração presente no art. 5º, LXXI, da Carta Magna tem caráter meramente exemplificativo, não se podendo excluir do “campo de proteção do mandado de injunção nenhum direito constitucionalmente garantido e que dependa de norma regulamentadora”.⁴⁵ Este campo amplo de abrangência é ainda mais importante no âmbito dos direitos sociais, já que como leciona Luís Roberto Barroso,

é precisamente no campo dos direitos sociais que se registram os principais casos de omissão legislativa (...). Note-se que dificilmente ocorrerá um caso de impetração de mandado de injunção para asseguramento de liberdades constitucionais, haja vista que elas se traduzem, normalmente, numa

⁴¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.*, p. 242. José Joaquim Calmon de Passos (*Op. cit.*, p. 110-112) entende do mesmo modo, todavia, ressalta que descaberia mandado de injunção em face dos direitos que envolvam “a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos”.

⁴² SIDOU, José Maria Othon. *Op. cit.*, p. 271. Para o autor (*Op. cit.*, p. 271), este é um dos traços que diferencia o instituto em tela do mandado de segurança, o qual protege o demandante contra qualquer lesão de direito individual ou coletivo.

⁴³ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual...*, p. 165-166. Parte considerável da doutrina brasileira comunga do mesmo entendimento: Hely Lopes Meirelles, Gilmar Ferreira Mendes e Arnaldo Wald (*Op. cit.*, p. 323); José Cretella Júnior (*Op. cit.*, p. 112); Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p. 70-72); Flávia Cristina Piovesan (*Op. cit.*, p. 147); Diomar Ackel Filho (*Op. cit.*, p. 119).

⁴⁴ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 31/10/1990, DJ 02/08/1991. Importante destacar trecho do voto proferido pelo Relator: “a mesma razão que justifica a concessão do mandado de injunção aos direitos e garantias previstos nesse art. 5º, existe com relação aos outros direitos e garantias constitucionais (inclusive os sociais) cujo exercício seja inviabilizado pela falta de norma regulamentadora”.

⁴⁵ BARBI, CELSO AGRÍCOLA. **Mandado de injunção**. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (Coord.). **Mandado de segurança e de injunção**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 389. Apud: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Op. cit.*, p. 71.

abstenção do Poder Público, ou seja, em hipóteses em que a omissão é o comportamento devido. Semelhantemente se passa com as prerrogativas referidas, em sua grande parte regidas por normas de eficácia plena, que prescindem de regulamentação. A rigor técnico, direitos e liberdades já englobam todas as situações jurídicas ativas ou vantagem, pelo que se tornou ocioso o acréscimo que se fez para a inclusão das prerrogativas.⁴⁶

1.2 PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA.

Do exposto no item anterior é possível perceber que são pressupostos do remédio constitucional em tela: a) a existência de um direito, liberdade ou prerrogativa constitucional obstaculizado pela ausência de norma regulamentadora; b) a mora, consistente na omissão em legislar por parte da autoridade competente.

Aspecto importante que será desvelado neste item é a legitimidade ativa e passiva para propositura da ação injuncional, diante das regras processuais que regem a matéria.

Neste liame, Luís Roberto Barroso aponta que uma das maiores discussões sobre o instituto em tela, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi sobre sua auto-aplicabilidade, uma vez que o preceito constitucional não traz regras procedimentais.⁴⁷

Logo após a promulgação do texto constitucional, a garantia do mandado de injunção adotou o rito previsto para o mandado de segurança, após determinação do extinto Tribunal Federal de Recursos, através do Ato n.º 1.245 de 1988. Logo em seguida, com a criação do Superior Tribunal de Justiça, o art. 216 do Regimento Interno daquele Tribunal passou a adotar o mesmo critério.⁴⁸

No Mandado de Injunção n.º 107-DF, *leading case* da matéria na jurisprudência pátria, a importante questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão de relatoria do Ministro Moreira Alves, na qual a egrégia Corte decidiu pela auto-aplicabilidade do mandado de injunção, face ao disposto no art. 5º,

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade..., p. 255-256.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade..., p. 254.

⁴⁸ SIDOU, José Maria Othon. Op. cit., p. 236.

§1º, da Carta Magna⁴⁹, pugnando ela aplicabilidade das normas pertinentes ao mandado de segurança, no que coubessem.⁵⁰

Posteriormente, adveio a Lei n.º 8.038 de 1990, que estabeleceu no art. 24, parágrafo único, a adoção do procedimento do mandado de segurança na seara do mandado de injunção.⁵¹

Tal entendimento tem prevalecido, sendo que o mandado de injunção passou a ser aplicado com observância das Leis n.º 1.533/51 e 4.348/64, que disciplinavam o mandado de segurança, atualmente revogadas após o advento da Lei n.º 12.016/2009.

Aplicam-se, subsidiariamente, os preceitos do Código de Processo Civil. Por este motivo, no âmbito da ação injuncional, vigem todos os pressupostos processuais, além das chamadas condições da ação (*legitimidade ad causam* ativa e passiva, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido).⁵²

A par da existência de todos estes pressupostos e condições da ação, sem dúvida o que gera mais discussão doutrinária é a legitimação ativa e passiva para propositura do mandado de injunção.

Na esteira da lição de José Maria Othon Sidou, pode-se dizer que a legislação processual não traz maiores óbices para a propositura do remédio constitucional, que é facultado a qualquer brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil, desde que representados por advogado.⁵³ Todavia, como aponta José Afonso da Silva, faz-se necessária a existência do interesse de agir.⁵⁴

Assim, a legitimação ativa para propositura da ação injuncional é de quem for titular do direito cujo exercício e eficácia encontram óbice na ausência de norma regulamentadora.⁵⁵

⁴⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

⁵⁰ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 107-DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 31/10/1990, DJ 02/08/1991.

⁵¹ Art. 24 - Na ação rescisória, nos conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, na revisão criminal e no mandado de segurança, será aplicada a legislação processual em vigor. Parágrafo único - No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica.

⁵² ACKEL FILHO, Diomar. Op. cit., p. 123.

⁵³ SIDOU, José Maria Othon. Op. cit., p. 280.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual..., p. 166. O autor aponta que o interesse de agir "decorre da titularidade do bem reclamado, para que a sentença que o confira tenha direta utilidade para o demandante".

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade..., p. 262

Tal ponto de fato não gera maior dissídio seja doutrinário ou jurisprudencial, uma vez que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a legitimidade ativa restaria comprovada tão somente com a alegação e demonstração por parte do impetrante de pertencer à categoria de pessoas às quais o direito pleiteado é outorgado.⁵⁶

Ponto que gerava controvérsia era o atinente ao mandado de injunção coletivo. Todavia, reiteradas vezes o Supremo Tribunal Federal se manifestou pelo cabimento do mandado de injunção coletivo⁵⁷, inclusive na hipótese de sindicato fazer uso do remédio em favor de seus sindicalizados, seja coletivamente ou individualmente⁵⁸, por meio da aplicação analógica do contido no Art. 5º, LXX⁵⁹, do texto constitucional, que disciplina o mandado de segurança coletivo. Deste modo, são igualmente legitimadas as entidades de classe, associativas, sindicatos, substituindo processualmente os associados, no âmbito do mandado de injunção coletivo.⁶⁰

Ainda na legitimação ativa, Carlos Machado aponta existir uma certa unicidade doutrinária de que a participação do Ministério Público é obrigatória, seja como fiscal da lei ou como parte, até tendo em vista o dever da instituição de zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, estatuído no art. 129, II, da Carta Magna, promovendo as medidas necessárias à sua garantia.⁶¹

Neste sentido, importante aventar que a Lei Complementar n.º 75/93, estabelece explicitamente a legitimidade do Ministério Público da União para propor

⁵⁶ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 233/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 02/08/1990, DJ 07/02/1991.

⁵⁷ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/1994, DJ 27/05/1994; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 342/SP, Rel. Min. Moreira Alves, j. 08/04/1994, DJ 18/04/1994; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 361/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. 08/04/1994, DJ 18/04/1994.

⁵⁸ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 472-2/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 06/09/1995, DJ 19/09/1995; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 102/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/02/1998, DJ 25/02/1998.

⁵⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade..., p. 262-263. Sustentando o cabimento do mandado de injunção coletivo, também José Afonso da Silva (Comentário Contextual..., p. 167); Hely Lopes Meirelles, Gilmar Ferreira Mendes e Arnaldo Wald (*Op. cit.*, p. 329); Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p. 95-96).

⁶¹ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Op. cit.*, p. 100-101.

mandado de injunção em relação a direitos difusos⁶². Legitimidade esta que se estende aos Ministérios Públicos Estaduais, por força do disposto no art. 80 da Lei n.º 8.625/93, que determina a aplicação a eles, subsidiariamente, das normas da lei complementar supracitada.⁶³

A controvérsia permeia o instituto no que tange à legitimação passiva. O entendimento do STF é de que a legitimação passiva recairia apenas sobre a autoridade ou órgão omissor, ou seja, abrangeria apenas o Poder Público⁶⁴. Este também é o posicionamento de parcela da doutrina.⁶⁵

Como lembra Luís Roberto Barroso, tal entendimento não encontra guarida, pois impõe obstáculo ao uso do mandado de injunção como garantia constitucional com objeto de obstar omissão inconstitucional, dando ao titular da pretensão as condições de exercício do direito *in concreto*, reconhecido pela Constituição Federal e que restava obstaculizado na ausência de norma regulamentadora.⁶⁶

Entretanto, embora parcela considerável da doutrina nacional comungue com o entendimento de Luís Roberto Barroso⁶⁷, o Supremo Tribunal Federal, reiterada vezes, se manifestou pelo não cabimento do writ contra os particulares incumbidos de executar a decisão.⁶⁸⁶⁹

⁶² Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

VIII - promover outras ações, nelas incluído o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos.

⁶³ Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.

⁶⁴ Como lembra José Maria Othon Sidou (*Op. cit.*, p. 280-281), a expressão Poder Público deve ser tomada em sua mais ampla acepção, para incluir não apenas as entidades da Administração Direta, mas também as da administração indireta, representada por autarquias, fundações públicas, empresa públicas e sociedades de economia mista. Para o autor, ainda, podem figurar no pólo passivo as pessoas naturais ou jurídicas com funções delegadas do Poder Público, desde que no exercício destas funções.

⁶⁵ Hely Lopes Meirelles, Gilmar Ferreira Mendes e Arnoldo Wald (*Op. cit.*, p. 329) defendem que só é parte passiva do instituto a autoridade competente para expedir a norma.

⁶⁶ BARROSO. Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade..., p. 265.

⁶⁷ Neste liame, ver José Maria Othon Sidou (*Op. cit.*, p. 280); Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p. 99) defende a necessidade de um litisconsórcio necessário entre a autoridade ou entidade incumbida da elaboração da norma regulamentadora e a pessoa física e jurídica que deva suportar os efeitos da decisão.

⁶⁸ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, no MI n.º 288/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/04/1995, DJ 03/05/1995; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 502/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 07/03/1996, DJ 15/03/1996. No primeiro caso, impetrou-se mandado de injunção contra a Vasp e o Bradesco, com a finalidade de se conferir efetividade à norma constitucional prevista no art. 7º, XI, da Constituição Federal, que confere aos trabalhadores o direito à participação nos lucros ou resultados da empresa. O STF então não conheceu do mandado de injunção, apontando que "Somente pessoas estatais podem figurar no pólo passivo da relação processual instaurada com a impetração do

1.3 PROCEDIMENTO E COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

Como já exposto, apesar do preceito contido no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal não trazer regras procedimentais, tanto a jurisprudência como a doutrina brasileira, desde o início, entenderam ser aplicáveis as regras concernentes ao mandado de segurança.

Diante disso, cabe precisar algumas especificidades quanto à competência e o procedimento que cerca a ação injuncional, trazendo alguns apontamentos pertinentes, sem, contudo, procurar descrever exaustivamente todas as fases que envolvem o processamento e julgamento da ação.⁷⁰

Como aponta Diomar Ackel Filho, para impetração do mandado de injunção é necessário que o impetrante demonstre possuir direito líquido e certo, sendo que um dos traços que aproxima o remédio constitucional em tela do mandado de segurança é justamente a necessidade de prova pré-constituída, isto é, o procedimento de mandado de injunção não admite fase instrutória.⁷¹

O autor aponta que a injunção exige a informação do impetrado e se submete aos mesmos prazos e recursos atinentes ao mandado de segurança.⁷²

mandado de injunção, eis que apenas a elas é imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos.”

⁶⁹ Em julgados recentes, continua a prevalecer no Supremo Tribunal Federal a tese de que só goza de legitimidade passiva o órgão, autoridade, ou entidade incumbida de elaborar a norma regulamentadora do direito constitucional obstaculizado. Neste sentido, ver: BRASIL. STF, Tribunal Pleno, AgR no MI n.º 1.231/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 16/11/2011, DJ 01/12/2011; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, AgR no MI n.º 1.525/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 24/03/2011, DJ 12/04/2011. A ementa do primeiro julgado assim consigna: “AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 57 DA LEI 8.213/1991. PRECEDENTES. LEGITIMIDADE PASSIVA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A orientação do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que apenas a autoridade, órgão ou entidade que tenha o dever de regulamentar a norma constitucional dispõe de legitimidade passiva ad causam no mandado de injunção. Precedentes. II - A jurisprudência desta Corte, após o julgamento dos Mandados de Injunção 721/DF e 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, passou a adotar a tese de que o mandado de injunção destina-se à concretização, caso a caso, do direito constitucional não regulamentado, assentando, ainda, que com ele não se objetiva apenas declarar a omissão legislativa, dada a sua natureza nitidamente mandamental. III - Agravo regimental a que se nega provimento.”

⁷⁰ Para visão mais aprofundada do procedimento em sede de mandado de injunção, ver José Joaquim Calmon de Passos (*Op. cit.*, p. 113-131) e Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, 77-102).

⁷¹ ACKEL FILHO, Diomar. *Op. cit.*, p.122.

⁷² *Idem*. A fim de esclarecer este ponto, José Maria Othon Sidou (*Op. cit.*, p. 283) assevera que da decisão proferida no MI, o recurso cabível é a apelação, por analogia com o que ocorre no mandado

Em decorrência da aplicação das regras atinentes ao mandado de segurança à ação injuncional, existe discussão na doutrina⁷³ sobre o cabimento de providência cautelar, muito embora o STF já tenha se manifestado pelo seu não cabimento.⁷⁴

Quanto à prescrição do prazo para a propositura do mandado de injunção, Hely Lopes Meirelles, Gilmar Ferreira Mendes e Arnaldo Wald destacam inexistir prazo para impetrar o remédio constitucional.⁷⁵

No que tange ao procedimento adotado para julgamento, torna-se interessante observar a lição de José Maria Othon Sidou, aduzindo que o mandado de injunção se desenvolve em procedimento sumário, “admitindo apenas o movimento do autor com a petição inicial, o pedido judicial de informações ao sujeito passivo, ou réu, o movimento do réu com essas informações, o oficiamento do fiscal da lei, e a decisão, tenham sido ou não prestadas ditas informações, dado que a relação processual, singularmente, se forma entre autor e juiz”.⁷⁶

Para traçar delineamentos gerais quanto à competência para julgamento da ação injuncional, cabe mencionar que o remédio constitucional se processa perante os Tribunais de acordo com as regras estabelecidas na Constituição Federal, que disciplina as hipóteses em que sua competência de julgamento é atribuída ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça, e aos demais tribunais superiores.

Neste sentido, a competência para julgamento do remédio constitucional está contida na própria Carta Magna, seguindo o critério *ratione personae*, já que

de segurança. Caberiam, ainda, o recurso ordinário previsto na Lei n.º 8.037 de 1990, bem como agravo regimental, embargos de divergência, infringentes e de declaração, nos termos do Regimento Interno dos Tribunais. O autor aponta, ainda, o não cabimento do recurso extraordinário, a não ser em situações excepcionais.

⁷³ Neste sentido, defendem o cabimento de medida acautelatória em sede de mandado de injunção Diomar Ackel Filho (*Op. cit.*, p. 122) e Hely Lopes Meirelles, Gilmar Ferreira Mendes e Arnaldo Wald (*Op. cit.*, p. 328). Em sentido contrário, há o posicionamento de José Maria Othon Sidou (*Op. cit.*, p. 278).

⁷⁴ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, AC no AgRg 124-2, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/09/2004, DJ 04/10/2004. A decisão foi assim ementada: “MANDADO DE INJUNÇÃO - LIMINAR. Os pronunciamentos da Corte são reiterados sobre a impossibilidade de se implementar liminar em mandado de injunção - Mandados de Injunção nºs 283, 542, 631, 636, 652 e 694, relatados pelos ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Ellen Gracie e por mim, respectivamente. AÇÃO CAUTELAR - LIMINAR. Descabe o ajuizamento de ação cautelar para ter-se, relativamente a mandado de injunção, a concessão de medida acauteladora.”

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 329.

⁷⁶ SIDOU, José Maria Othon. *Op. cit.*, p. 279.

definida tendo em vista o órgão ou autoridade a quem cabia o dever de expedir a norma regulamentadora.⁷⁷

O art. 102, I, q, trata da competência originária do STF para conhecer do mandado de injunção quando a elaboração de norma regulamentadora for responsabilidade do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de umas dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores ou do próprio Supremo Tribunal Federal. O art. 102, II, a, estabelece a competência derivada daquela Corte para julgar o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.⁷⁸

O art. 121, §4º, V, do texto constitucional estabelece a competência do Tribunal Superior Eleitoral para julgar o mandado de injunção denegado pelos Tribunais Regionais Eleitorais.

A competência do Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, está estabelecida no art. 105, I, h da Carta Magna, que dispõe ser este o Tribunal competente para processamento e julgamento do remédio constitucional quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta e indireta, “excetuado os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal”. Nota-se, assim, que a competência do Superior Tribunal de Justiça tem caráter residual.⁷⁹

A interpretação quanto a esta competência residual do Superior Tribunal de Justiça, contudo, não é pacífica na doutrina.

No entendimento de José Joaquim Calmon de Passos, a Carta Magna reservou essa competência aos Tribunais Superiores. Assim sendo, a definição da competência dependeria de primeiro se verificar, com base no critério *ratione personae*, se o caso seria de competência do Supremo Tribunal Federal. Não sendo o caso, a competência seria distribuída entre o Tribunal Superior Militar, o Tribunal Superior Eleitoral e o Tribunal Superior do Trabalho, a depender da matéria. Apenas

⁷⁷ Neste sentido, Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p. 79); Flávia Cristina Piovesan (*Op. cit.*, p. 128); Hely Lopes Meirelles, Gilmar Ferreira Mendes e Arnaldo Wald (*Op. cit.*, p. 327); José Maria Othon Sidou (*Op. cit.*, p. 279).

⁷⁸ Convém mencionar que, para Diomar Ackel Filho (*Op. cit.*, p. 133), a redação do art. 102, II, a, da Carta Magna permitiria, a *contrario sensu*, concluir que não cabe recurso de decisão de Tribunal Superior que defira a injunção, exaurindo-se a demanda originária.

⁷⁹ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Op. cit.*, p. 113-114.

o que não entrasse nesta esfera especializada seria de competência do Superior Tribunal de Justiça. O autor aduz, ainda, que o texto constitucional não deferiu competência aos Tribunais Regionais Federais para julgamento do mandado de injunção, motivo pelo qual a referência à Justiça Federal na parte final do art. 105, I, h, ficou sem objeto.⁸⁰

Outro é o entendimento de José Afonso da Silva, o qual assevera que a competência do Supremo Tribunal Federal seria estabelecida não em função da autoridade que seria responsável pela elaboração da norma regulamentadora, mas em função de foro especial, dado a certas pessoas e entidades, quando elas forem parte direta da relação processual.⁸¹

O autor indica que a referência aos “órgãos” da Justiça Militar, Eleitoral, do Trabalho e Federal, na parte final do art. 105, I, h, do texto constitucional, deveria ser lida em consonância com outros dispositivos constitucionais, que apontam como órgãos: a) da Justiça Militar, o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares instituídos em lei (art. 122); b) da Justiça Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Juízes e Juntas Eleitorais (art. 118); c) da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais do Trabalho e os Juízes do Trabalho (art. 111); d) da Justiça Federal, os Tribunais Regionais Federais e os Juízes Federais de primeira instância (art. 106).⁸²

Assim, da leitura do dispositivo, o autor chega à conclusão de que a competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça seria excepcional, prevalecendo a competência “originária dos órgãos judiciais de primeiro grau e a competência recursal dos Tribunais”. Em decorrência

⁸⁰ *Ibidem*, p. 114-115. Como esclarece Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p. 81), no que tange à Justiça Federal, realmente a competência restou sem objeto, posto que a Carta Magna disciplina a competência dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais nos arts. 108, I e II, e 109, que não fazem qualquer alusão ao mandado de injunção.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 38-39. O autor ressalta que as pessoas arroladas no art. 102, I, q, do texto constitucional não são partes da relação processual, inexistindo competência originária do Supremo Tribunal Federal, o que se coaduna com a concepção do autor de que o mandado de injunção não serve para elaboração de norma regulamentadora para o exercício do direito, liberdade, ou prerrogativa, mas para sua satisfação direta, “que nem sempre é atribuição direta da autoridade ou entidade a que cabe a elaboração da norma regulamentadora”. Exemplificando, o autor aduz que por vezes a satisfação do direito reclamado não dependerá do Presidente da República, mas sim de administradores ou “autoridades menores”, contra quem deveria ser impetrado o mandado de injunção.

⁸² Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p. 81) destaca que os arts. 113, 121 e 124, parágrafo único, do texto constitucional estabelecem caber à lei, ordinária no caso da Justiça do Trabalho e Militar e complementar no que tange à Justiça Eleitoral, dispor sobre a sua competência, não havendo óbice para que a competência seja atribuída a outros tribunais que não os superiores.

disso, a competência do Superior Tribunal de Justiça seria residual, a ser fixada não sendo caso de competência do Supremo Tribunal Federal, ou das instâncias ordinárias, pelo critério *ratione materiae*, restringindo-se às causas em que forem parte passiva “órgãos superiores” ou “autoridades superiores” da Administração, as quais teriam competência para expedir uma regulamentação extensiva ao território nacional, como por exemplo, o Ministro da Educação.⁸³

Acrescenta que caso o direito constitucional obstado dependa de providência regulamentadora dos Estados, Distrito Federal ou Municípios, algo comum nos direitos sociais, para a prestação dos serviços atribuídos a cada ente federativo no esquema de repartição de competências, o mandado de injunção vai envolver órgão, entidade ou autoridade estadual, municipal, distrital, sendo competência aos órgãos da Justiça Estadual e do Distrito Federal. Por força do art. 125, §1º, do texto constitucional, tal competência será definida nas respectivas Constituições Estaduais, já que cabe aos Estados organizar sua Justiça.⁸⁴

A competência dos Estados para julgar mandado de injunção também é reconhecida por Carlos Augusto Alcântara Machado, mas com base no critério *ratione personae*, quando a incumbência da norma regulamentadora couber ao Governador do Estado, Assembléia Legislativa, Tribunal de Justiça, Prefeito ou Câmara Municipal, sendo que neste caso a definição da competência seria “pelas Constituições Estaduais para os Tribunais de Justiça e pelas Leis de Organização Judiciária para os Juízes de Direito”.⁸⁵

1.4 NATUREZA, OBJETO E EFEITOS DA DECISÃO

Sem dúvida, as questões mais controversas e de maior importância prática no que tange ao remédio constitucional em tela dizem respeito à sua natureza, objeto e eficácia da decisão.

Partindo da classificação esboçada por Alexandre de Moraes, as diferentes acepções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o mandado de injunção podem ser

⁸³ SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção..., p. 38-41.

⁸⁴ Ibidem, p. 42.

⁸⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Op. cit.*, p. 82-83. O autor demonstra (*Op. cit.*, p. 83-91) que todas as Constituições Estaduais acabaram fixando a competência dos respectivos Tribunais de Justiça para julgamento do mandado de injunção, inclusive a do Estado do Paraná, que no art. 101, VII, a, estabelece que “Compete privativamente ao Tribunal de Justiça através de seus órgãos, processar e julgar, originariamente, os mandados de injunção e *habeas data*.”

divididas em: posição não concretista, a qual defende que o mandado de injunção serve apenas para comunicar a mora à autoridade competente; b) posição concretista geral, que sustenta que a garantia serve para elaboração de norma com eficácia *erga omnes*, geral e abstrata; c) posição concretista individual intermediária, a qual defende que o Poder Judiciário deve possibilitar o exercício do direito, mas apenas após comunicação prévia ao órgão incumbido de expedir a norma regulamentadora, com eficácia *inter-partes*; d) posição concretista individual direta, a qual sustenta que cabe ao Poder Judiciário, desde já, possibilitar o exercício do direito pelo impetrante, com eficácia *inter-partes*.⁸⁶

A Corte Suprema na Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.º 107/DF firmou entendimento que equiparou o instituto à ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, §2º, da Constituição Federal, adotando a posição não concretista quanto aos efeitos do mandado de injunção, colocando-o como instrumento apto apenas para comunicar a mora legislativa ao órgão competente.⁸⁷

Muito embora tenha prevalecido esta compreensão inicial acerca do instituto, em ocasiões posteriores a Corte passou a adotar outros entendimentos acerca do objeto e dos efeitos da decisão proferida em sede de mandado de injunção. Foi assim que o Tribunal, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 283/DF, adotou a posição concretista individual intermediária. No caso, o impetrante solicitava a reparação econômica prevista no art. 8, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁸⁸, norma ainda pendente de regulamentação. A Corte, então, deu provimento ao mandado de injunção, fixando prazo de 45 dias para que o Congresso elaborasse a norma faltante, e de 15 dias para a promulgação

⁸⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ªed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 175.

⁸⁷ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.º 107, Rel. Min. Moreira Alves, j. 23/11/1989, DJ 21/09/1990.

⁸⁸ Art. 8º. É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.

§ 3º - Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica nº S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e nº S-285-GM5 será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

presidencial, mas estabelecendo desde já que ultrapassado tal prazo o impetrante poderia obter contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação devida.⁸⁹

Posteriormente, nos Mandados de Injunção n.º 284/DF⁹⁰, 543/DF⁹¹ e 562/RS⁹², todos envolvendo casos semelhantes ao julgado no Mandado de Injunção n.º 283, o Tribunal passou a adotar a posição concretista individual direta acerca do mandado de injunção, outorgando desde já o exercício do direito pleiteado pelos impetrantes, em decorrência de já se ter comunicado ao órgão competente sobre a mora legislativa inconstitucional em ocasiões anteriores.

No mesmo sentido foi a decisão proferida pela Corte no Mandado de Injunção n.º 721/DF⁹³, o qual tratava da aposentadoria especial dos servidores públicos, prevista no art. 40, §4º, do texto constitucional, em decisão na qual o Tribunal adotou a tese concretista individual direta, determinando a aplicação da Lei n.º 8.213/91, que disciplina a aposentadoria dos trabalhadores em geral, com eficácia *inter-partes*.

Pode-se denotar que a Corte Suprema paulatinamente passou a reconhecer que o provimento oferecido em sede de mandado de injunção fosse além do cunho mandamental, assumindo caráter constitutivo, possibilitando desde já o exercício do direito, liberdade e prerrogativa obstaculizado pela ausência de norma regulamentadora.

A Corte modificou seu entendimento de modo mais radical em sede dos Mandados de Injunção n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA⁹⁴, atinentes ao direito de greve dos servidores públicos, onde além de fixar a regulamentação provisória para

⁸⁹ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 283/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20/03/1991, DJ 14/11/1991. Em sentido semelhante foi a decisão proferida pela Corte no MI n.º 232/RJ (BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 232/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, j. 02/08/1991, DJ 27/03/1992) onde o impetrante solicitava o gozo da imunidade prevista no art. 195, §7º, da Carta Magna, norma ainda pendente de regulamentação pelo Congresso Nacional, situação na qual a Corte fixou um prazo de 6 meses para a supressão da omissão legislativa, após o qual o impetrante poderia gozar da imunidade requerida.

⁹⁰ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 284/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para Acórdão: Min. Celso de Mello, j. 22/11/1991, DJ 26/06/1992.

⁹¹ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 543/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 26/10/2000, DJ 24/05/2002.

⁹² BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 562/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20/02/2003, DJ 20/06/2003.

⁹³ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 721/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30/08/2007, DJ 30/11/2007.

⁹⁴ BRASIL, STF, Tribunal Pleno, MI n.º 670/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 23/11/2007; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJE 23/11/2007.

exercício do direito, decidiu pela concessão de eficácia *erga omnes* à decisão, ou seja, determinando sua incidência sobre as decisões posteriores que envolvessem a mesma matéria, adotando a posição concretista geral. Apesar disto, posteriormente a tal decisão, aquela Corte voltou a proferir decisões com eficácia *inter-partes*, ou seja, vinculando apenas as partes envolvidas no litígio. Foi o que ocorreu nos Mandados de Injunção n.º 758/DF, 788/DF, 795/DF e 808/DF⁹⁵, que versavam sobre a mesma matéria do Mandado de Injunção n.º 721/DF.

Como se vê a questão atinente ao objeto e aos efeitos do mandado de injunção está longe de ser pacífica na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Não o é, também, no âmbito doutrinário. Uma parcela minoritária da doutrina brasileira concorda com o entendimento inicial do Supremo Tribunal Federal sobre a questão, aderindo à posição não concretista.⁹⁶ Parte da doutrina, ainda, se filia à tese concretista individual intermediária.⁹⁷

Por outro lado, uma parcela considerável da doutrina defende uma maior efetividade ao remédio constitucional. Neste liame, há autores que aderem à tese concretista geral, que constituem a minoria, e outros que são adeptos da tese concretista individual direta. Por fim, dentre estes últimos há aqueles que preceituam que o objeto do mandado de injunção é a expedição de norma regulamentadora para o caso concreto⁹⁸, e os que defendem que o objeto da decisão seria a outorga das condições para exercício do direito reclamado⁹⁹, muito embora tal distinção não tenha maior relevância prática, posto que fixar as condições para o exercício do direito é precisamente criar a norma para o caso concreto.

⁹⁵ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/07/2008, DJ 26/09/2008; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 788/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 15/04/2009, DJ 08/05/2009; BRASIL, STF, Tribunal Pleno, MI n.º 795/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 15/04/2009, DJ 22/05/2009; BRASIL, STF, Tribunal Pleno, MI n.º 808/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 15/04/2009, DJ 08/05/2009.

⁹⁶ Tal posicionamento é defendido por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Op. cit.*, p. 325), que o defende com base no princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea conforme o art. 60, §4º, do texto constitucional, e com base no argumento de não se poder dar alcance maior ao mandado de injunção do que o outorgado à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Celso Ribeiro Bastos (*Op. cit.*, p. 251) se posiciona do mesmo modo.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. *Op. cit.*, p. 330.

⁹⁸ Neste sentido: Diomar Ackel Filho (*Op. cit.*, p. 126); Celso Ribeiro Bastos (*Op. cit.*, p. 358-359); Celso Agrícola Barbi (*Op. cit.*, p. 391); Luís Roberto Barroso (O Direito Constitucional e a Efetividade..., p. 257-258); José Joaquim Calmon de Passos (*Op. cit.*, p. 99); Daniel Wunder Hachem (A construção de uma nova configuração..., p. 151-152); Flávia Cristina Piovesan (*Op. cit.*, p. 139-137).

⁹⁹ Adotando esta tese: José Afonso da Silva (Comentário Contextual..., p. 166) e José Maria Othon Sidou (*Op. cit.*, p. 277).

Entre os adeptos da tese concretista geral, destaca-se Vicente Greco Filho, que propugna, na realidade, por um modelo mitigado no que tange à eficácia *erga omnes* das decisões proferidas em sede de mandado de injunção. O autor defende que primeiramente o Poder Judiciário deverá dar oportunidade para que o poder competente elabore a norma, sendo que somente se isto não ocorrer é que ele poderia expedir a norma. Assevera, ainda, que diante da possível situação em que alguém não veja reconhecido o seu direito, mesmo estando em situação idêntica ao impetrante, por imperativo do princípio da isonomia, não seria caso de mandado de injunção, pois a norma já está posta, de modo geral e abstrato, mas sim de interpor a ação cabível contra quem se recusa ao cumprimento da norma, por exemplo, um mandado de segurança contra o descumprimento da norma pelo Poder Público.¹⁰⁰

Adepto da tese concretista individual, Diomar Ackel Filho defende que a decisão proferida em mandado de injunção deve ter por objeto a criação da norma para o caso concreto, possibilitando o acesso do impetrante ao direito subjetivo consagrado constitucionalmente do qual ele é titular. Para o autor,

Cuidar-se-à de sentença de natureza mandamental e constitutiva, ordenando o respeito à fruição do direito pretendido para o que deverá editar regulamentação com eficácia restrita à relação processual e, portanto, destituída de qualquer efeito *erga omnes* que possa ser invocado por outrem.

(...)

No caso, portanto, o pronunciamento jurisdicional reveste-se de caráter normativo, criando lei interna, própria e peculiar, exclusiva para a questão objeto da impetração.¹⁰¹

Compartilha do mesmo entendimento Flávia Piovesan, frisando que a decisão proferida não visa acolmar a lacuna existente no sistema jurídico, tarefa que cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, e que para elaborar a norma para o caso concreto o magistrado deverá recorrer, com fulcro nas previsões do art. 5º, XXXV, do texto constitucional¹⁰² e do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do

¹⁰⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 12ªed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 328-331.

¹⁰¹ ACKEL FILHO, Diomar. Op. cit., p. 126-127.

¹⁰² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Direito Brasileiro¹⁰³, às normas implícitas no ordenamento jurídico, e às demais fontes do direito, como a analogia, os princípios gerais do direito, os costumes e a equidade.¹⁰⁴

Daniel Wunder Hachem destaca que o Poder Judiciário não estará, assim, constituindo o direito em si, mas sim promovendo “mediações concretizadoras” necessárias ao seu exercício:

Caberá ao Judiciário, portanto, concretizar a norma constitucional que define o direito reclamado, de forma a viabilizar ao seu titular a fruição dos efeitos que por ele deveriam ser produzidos, conforme lhe impõe o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º da CF). O juiz deverá, como já dito, promover as mediações concretizadoras necessárias ao exercício do direito. Frise-se que a jurisdição não estará constituindo o direito em si, pois este já havia sido outorgado pela própria Constituição; o que se procederá é a regulamentação do modo como ele será exercitado.¹⁰⁵

Sustentando a segunda linha aludida, José Maria Othon Sidou destaca que diante do caráter de garantia constitucional atribuído ao remédio constitucional, seu objeto é obter um pronunciamento judicial que acerte o caso concreto, com subsídios nos princípios fundamentais da Constituição, atendendo aos “fins sociais e às exigências do bem comum”, seguindo as diretrizes fornecidas pela norma do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.¹⁰⁶

A adoção de uma posição concretista quanto ao mandado de injunção parece consubstanciar o melhor entendimento, sob pena de uma equiparação entre o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, §2º, do texto constitucional. Como aponta José Afonso da Silva, o entendimento não concretista, além de tornar o remédio constitucional em uma espécie de “ação de inconstitucionalidade por omissão subsidiária”, traria uma série de problemas práticos. O autor destaca a necessidade de que o destinatário da decisão pleiteasse a realização do direito duas vezes, uma vez que ele teria que impetrar o remédio constitucional para ter o direito regulamentado e, posteriormente, entrar com ação visando o reconhecimento de seu direito *in concreto*.¹⁰⁷

¹⁰³ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹⁰⁴ ACKEL FILHO, Diomar. *Op. cit.*, p. 140-141.

¹⁰⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *A construção de uma nova configuração...*, p. 152.

¹⁰⁶ SIDOU, José Maria Othon. *Op. cit.*, p. 277. No mesmo sentido é o posicionamento de José Afonso da Silva (*Comentário Contextual...*, p. 166).

¹⁰⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual...*, p. 166-167.

Como lembra Flávia Cristina Piovesan,

estar-se-ia a atribuir ao mandado de injunção idêntica finalidade à da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (...) Ora, faltaria qualquer razoabilidade ao constituinte se criasse dois instrumentos jurídicos com idêntica finalidade. A duplicidade de instrumentos jurídicos afastaria a logicidade e coerência do sistema constitucional, mesmo porque não haveria sentido em centrar a legitimidade ativa no caso de ação direta de inconstitucionalidade por omissão nos entes elencados pelos incisos I a IX do artigo 103 e, ao mesmo tempo, admitir a ampla legitimidade do mandado de injunção, que pode ser impetrado por qualquer pessoa, se ambos instrumentos apresentassem idênticos efeitos.¹⁰⁸

Arremata a autora, também, que uma diferença fundamental entre os dois institutos restaria afastada por essa equiparação, qual seja, o fato de a ação direta de inconstitucionalidade por omissão se prestar a supressão de lacunas inconstitucionais do ordenamento jurídico, enquanto o mandado de injunção tem por objeto o direito subjetivo.¹⁰⁹¹¹⁰

Pois bem, a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca das quatro posições supracitadas acaba por definir a natureza do provimento concedido no mandado de injunção, que pode assumir natureza: a) declaratória, em caso de adoção da posição não-concretista; b) condenatória, no caso de caber ao Poder Judiciário conceder diretamente o direito pretendido; c) constitutiva, se tiver por objeto a criação de norma regulamentadora para viabilizar o exercício do direito; d)

¹⁰⁸ PIOVESAN, Flávia Cristina. *Op. cit.*, p. 133.

¹⁰⁹ PIOVESAN, Flávia Cristina. *Op. cit.*, p. 130-132.

¹¹⁰ Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p. 127-128) aponta três diferenças fundamentais entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão prevista no art. 103, §2º, do texto constitucional e o mandado de injunção: a) enquanto o mandado de injunção tem como pressuposto a ausência de norma regulamentadora, ainda que a expressão norma seja tomada em sentido amplo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão também é cabível face “á falta de ações administrativas ou de providências materiais necessárias à concretização da vontade da Constituição”; b) quanto à legitimidade, uma vez que o mandado de injunção pode ser interposto por qualquer pessoa que tenha tido o exercício de seu direito, liberdade, prerrogativa, obstaculizado pela ausência de norma regulamentadora, ao passo que a legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade por omissão é prevista, em *numerus clausus*, no art. 103 do texto constitucional (Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional); c) quanto à competência para julgamento, uma vez que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é ação de controle concentrado de constitucionalidade, cabendo seu julgamento apenas ao Supremo Tribunal Federal, ao passo que o mandado de injunção segue o modelo do controle de constitucionalidade difuso.

mandamental, caso se entenda que o Poder Judiciário deve dar ciência ao órgão ou poder omissor para que adote as providências necessárias.¹¹¹

Divergindo deste modelo, Daniel Hachem, especificamente no âmbito dos direitos fundamentais, defende que a natureza da decisão proferida em sede de mandado de injunção depende da sua adequação à tutela de direito material pretendida. Para o autor, o julgamento do mandado de injunção geraria sempre uma tutela normativa, no sentido de exigir uma atividade do julgador concretizando, determinando e especificando a norma constitucional que define o direito reclamado. A natureza da tutela concedida num segundo momento dependeria do direito material, podendo a decisão proferida em sede do mandado de injunção assumir natureza declaratória, constitutiva, condenatória ou mandamental. Por fim, o autor aponta que haveria também sempre um escopo mandamental, no sentido de que o Poder Judiciário promova uma ordem para que o órgão competente crie a norma faltante.¹¹²

De qualquer modo, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial também persiste quanto aos efeitos da decisão prolatada pelos Tribunais. Como já visto, ainda hoje vacila a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

No âmbito da doutrina há uma nítida tendência para a adoção da tese concretista individual, que implica no reconhecimento de efeito *inter-partes* às decisões proferidas em sede de mandado de injunção¹¹³, sobretudo com base na idéia de que a adoção de eficácia *erga omnes* à decisão poderia afrontar o princípio da separação dos poderes, denotando uma invasão do Poder Judiciário sob espaço de competência dos poderes democraticamente eleitos.¹¹⁴

¹¹¹ QUEIROZ, Luís César de. Mandado de injunção e inconstitucionalidade por omissão. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – IBDC**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 210-211, abr./jun 1998.

¹¹² HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica..., p. 152 e 153. Exemplifica o autor que a tutela seria: declaratória quando “o afastamento da reserva de lei for suficiente para a satisfação do direito”; constitutiva “quando a regulamentação elaborada disciplinar determinada relação jurídica entre as partes”; condenatória quando for caso, por exemplo, de reparação de danos; mandamental quando “a parte passiva se negar a cumprir a regulamentação elaborada pelo órgão jurisdicional”.

¹¹³ Neste sentido ver: Diomar Ackel Filho (*Op. cit.*, p. 127); José Joaquim Calmon de Passos (*Op. cit.*, p. 99); José Maria Othon Sidou (*Op. cit.*, p. 283); Luís Roberto Barroso (O Direito Constitucional e a Efetividade..., p. 266-267); Celso Ribeiro Bastos (*Op. cit.*, p. 283); Flávia Cristina Piovesan (*Op. cit.*, p. 140), Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p. 128).

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. *Op. cit.*, p. 330.

Todavia, a questão não parece ser tão simples quando envolve direitos transindividuais, como os direitos coletivos e difusos, que poderão ser reclamados pela via do mandado de injunção coletivo.

Neste sentido, válidos os ensinamentos de Daniel Wunder Hachem, no sentido de que por vezes a eficácia *inter-partes* da decisão não é suficiente para proteger o direito garantido constitucionalmente, o que ocorre, sobretudo, no campo dos direitos difusos, que podem demandar para sua proteção normas gerais e abstratas. Para o autor, é importante fixar a eficácia da decisão tendo em vista a natureza do direito material que se busca tutelar.¹¹⁵ Ele esclarece, ainda, que em sua concepção “mesmo direitos que exercem primordialmente a mesma função” podem demandar efeitos distintos, sendo possível atribuir eficácia *erga omnes* à decisão se tratando de direitos coletivos e difusos.¹¹⁶

Outra interpretação possível seria, em tratamento analógico ao que a doutrina dispensava ao mandado de segurança coletivo antes da edição da normativa legal pertinente¹¹⁷, dizer que quanto à eficácia da coisa julgada em sede de ações coletivas em geral se aplicam as regras contidas na Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)¹¹⁸, principalmente em face da redação do art. 90 deste Código¹¹⁹, e do art. 21 da Lei 7.347/85¹²⁰ (Lei da Ação Civil Pública).

Neste sentido, na ausência de norma regulamentando o mandado de injunção coletivo seria aplicável quanto à eficácia da decisão o disposto no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, que como aponta Eduardo Arruda Alvim, adota critérios diferenciados de acordo com a natureza do direito tutelado em sede da ação coletiva e dependendo do resultado da demanda.^{121 122}

¹¹⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração Jurídica..., p. 155-156.

¹¹⁶ HACHEM, Daniel Wunder. A Concretização Jurisdicional de Direitos Fundamentais..., p. 157 e 158.

¹¹⁷ SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e Ações Coletivas**: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTR, 2003, p. 434.

¹¹⁸ Neste sentido: Ada Pellegrini Grinover (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 844-845); Marta Casadei Momezzo (**Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: LTR, 2000, p. 76); Uadi Lamêgo Bulos (**Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 77).

¹¹⁹ Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

¹²⁰ Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

¹²¹ ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; Nolasco, Rita Dias (coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 34-36.

Assim nos termos do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, se os direitos tutelados tiverem caráter difuso a eficácia da decisão será *erga omnes*. Já se o direito tutelado tiver natureza coletiva, como o direito de greve, a eficácia é *ultra-partes*, limitada ao grupo, categoria ou classe. Por fim, tratando-se de direitos individuais homogêneos, a eficácia seria *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido.¹²³

Outra possibilidade, como aponta Ronaldo de Lima Santos¹²⁴, seria aplicar ao mandado de injunção coletivo as disposições atinentes ao mandado de segurança coletivo, disciplinado nos arts. 21 e 22 da Lei n.º 12/016/2009. O último dispositivo citado assim dispõe: “No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”.¹²⁵

¹²² Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

¹²³ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

¹²⁴ DOS SANTOS, Ronaldo Lima. *Op. cit.*, p. 439.

¹²⁵ Todavia, o §1º do art. 22 da Lei n.º 12.016/2009, exige que para o aproveitamento dos efeitos da decisão proferida em mandado de segurança coletivo, o impetrante que estiver movendo ação individual terá que desistir desta, no prazo de 30 dias contado a partir “da ciência comprovada da impetração coletiva”, diferindo do regime do Código de Defesa do Consumidor, que exige apenas a suspensão da demanda individual.

1.5 O PROJETO DE LEI N.º 6.218/2009

Recentemente o tema dos delineamentos do mandado de injunção, sobretudo do seu procedimento, conteúdo da decisão e efeitos, voltou à discussão diante da apresentação, pelo Dep. Flávio Dino, do Projeto de Lei n.º 6.128/2009, que “Disciplina o processo e julgamento do mandado de injunção individual e coletivo e dá outras providências.” Atualmente, o projeto aguarda parecer da Comissão e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados.

Apesar da intensa controvérsia que existe quanto ao objeto, legitimidade passiva e efeitos da decisão proferida em mandado de injunção, o projeto traz poucas inovações nestas matérias.

Primeiramente, no que tange à legitimidade passiva, adota, em seu art.3º, o posicionamento jurisprudencial dominante no STF, de que o impetrado deve ser “Poder, órgão ou autoridade com atribuição para editar a norma regulamentadora”, não incluindo no pólo passivo o particular que deva prestar o direito constitucional invocado, algo que seria mais adequado para possibilitar o exercício dos direitos constitucionais pleiteados pela via do mandado de injunção.

Relativamente ao procedimento, da leitura dos arts. 4º a 7º, se infere que terá início com a petição inicial, que deverá atender aos requisitos colocados pela lei processual, inclusive apresentando prova pré-constituída, e indicará o órgão impetrado, além da pessoa jurídica que ele integra ou à qual se acha vinculado. Recebida a inicial, o impetrado será notificado, para que preste informações no prazo de 10 dias, bem como se dará ciência do ajuizamento da ação ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, que poderá optar por ingressar no feito. Findo este prazo, se procederá à oitiva do Ministério Público, que terá 10 dias para apresentar parecer, sendo que caso não faça, de qualquer modo os autos irão a julgamento.

Quanto ao objeto da decisão proferida pela via do mandado de injunção, o art. 8º do Projeto de Lei n.º 6128/2009 opta pela tese concretista individual intermediária, fixando que o provimento servirá para determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora, mas estabelecerá desde já as condições para que o impetrante exerça os direitos, liberdades e

prerrogativas alvos da impetração ou que o possibilitem a promover ação própria para exercício destes, caso não ocorra o suprimento da mora legislativa.

Entretanto, o parágrafo único do mesmo artigo admite que o provimento siga a tese concretista individual direta, no caso de ficar comprovado que o impetrado deixou de atender ao prazo estabelecido para edição da norma em mandado de injunção anterior, com base, como já visto, em entendimento do STF sobre o tema.

O ponto mais inovador do projeto, sem dúvida, diz respeito aos efeitos da decisão. Preceitua o art. 9º que, em princípio, o mandado de injunção terá eficácia *inter-partes*, produzindo efeitos até o advento da norma regulamentadora. Todavia, o §1º do mesmo artigo possibilita que seja concedida eficácia *ultra-partes* ou *erga omnes* ao mandado de injunção, “quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, liberdade ou prerrogativa objeto da impetração”. Além disso, o §2º estabelece que uma vez transitada em julgado a decisão, os seus efeitos poderão ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator. Assim, nota-se que o projeto deixa a cargo dos juízes e tribunais uma ampla margem de discricionariedade no que tange a tais pontos, ainda mais tendo em vista que não estabelece critérios objetivos para a extensão dos efeitos do mandado de injunção, pelo que, como aponta Walter Claudius Rothenburg, tais poderes deverão ser usados com rigor e fiscalizados com atenção.¹²⁶

Além disso, cabe citar que: o art. 10 do projeto de lei prevê a possibilidade de revisão da decisão; o art. 11 prevê a eficácia *ex nunc* de eventual norma expedida para suprimir a omissão inconstitucional em relação aos beneficiados por decisão transitada em julgado, salvo se a “aplicação da norma editada lhes for mais favorável”; os arts. 12 e 13 disciplinam o mandado de injunção coletivo, inclusive dispondo sobre a possibilidade de figurar como impetrante o Ministério Público, “em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais ou individuais indisponíveis” e fixando que a decisão fará coisa julgada limitada às pessoas integrantes da coletividade, grupo, classe ou categoria substituídos pelo impetrante, “sem prejuízo do disposto nos §§1º e 2º do art. 9º.”

¹²⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius. **O Mandado de Injunção Finalmente Terá sua Lei**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/370/253>>. Acesso em 04/10/2011, p. 11.

1.6 O MANDADO DE INJUNÇÃO E A QUESTÃO DOS LIMITES DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Do exposto, verificou-se que o mandado de injunção tem importante papel na ordem constitucional brasileira, enquanto instrumento apto a garantir ao cidadão o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas que lhe são assegurados pela Carta Magna, evitando, ainda, que a eficácia dos preceitos estatuídos no texto constitucional reste à disposição de um juízo de oportunidade e conveniência dos poderes constituídos.

Em que pese as divergências doutrinárias existentes acerca do remédio constitucional, parece acertado reconhecer que a decisão proferida em sede de mandado de injunção deve ter caráter constitutivo, indo além da comunicação da mora em legislar ao órgão competente, sob pena de inviabilizar o uso do remédio para atingir tais objetivos.

Mais difícil é auferir até onde vai o limite desta atuação do Poder Judiciário na realização dos direitos constitucionais pela via do mandado de injunção, o que se liga à questão da eficácia da decisão, base do embate entre as posições concretista geral e individual. Deveria o Poder Judiciário apenas acertar o caso concreto ou substituir, ainda que provisoriamente, a atividade do órgão competente, expedindo uma norma regulamentadora geral e abstrata? Na base desta indagação se encontram temas como os dos limites à atividade jurisdicional e da legitimidade democrática do Poder Judiciário para tomar decisões de caráter político, normalmente atribuídas aos órgãos democraticamente eleitos, questões estas das quais se cuidará no próximo Capítulo deste trabalho.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA

A interpretação tímida conferida, inicialmente, pelo Supremo Tribunal Federal à garantia constitucional do mandado de injunção, em nome do princípio da separação dos poderes que, por força do art. 60, §4º, da Constituição Federal, é cláusula pétrea na ordem constitucional brasileira, revela que tal garantia é um “instrumento que parece adentrar nas mais intrincadas relações entre o Judiciário e o Parlamento”.¹²⁷, envolvendo discussões sobre uma possível usurpação da função legislativa pelo Poder Judiciário.

O mandado de injunção, como visto, é uma das garantias constitucionais que mais ensejam controvérsias quanto à sua conceituação, principalmente quanto à sua natureza, ao objeto da decisão e seus efeitos. A discussão assume ainda mais relevância quanto se denota que o mandado de injunção na ordem constitucional brasileira é tido como uma garantia, auto-aplicável, destinada a garantir o exercício de direitos fundamentais obstaculizados pela ausência de norma regulamentadora, ou seja, conduz a um provimento judicial que, visando garantir a efetividade de tais direitos, suplanta a omissão normativa, normalmente de atribuição do Poder Legislativo.

Como visto, nesta matéria existe grande embate entre as teses concretistas e não concretistas, e ainda entre as teses concretistas individual e a geral. A opção por uma ou outra delas, traz à baila questões como os limites da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade democrática dos órgãos jurisdicionais para a tomada de decisões de natureza política, de atribuição típica dos Poderes Legislativo e Executivo, ainda mais tendo em vista que os juízes não estão submetidos a controles de natureza democrática. Neste contexto surge a discussão envolvendo os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, que serão abordados no presente Capítulo.

¹²⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. **Mandado de Injunção em Perigo**: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/download/597/400>>. Acesso em: 30/09/2011, p. 5.

2.1 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA e ATIVISMO JUDICIAL

Inicialmente, cabe observar que as noções de ativismo judicial e judicialização da política, embora guardem certa ligação, são conceitos “primos”¹²⁸, não possuindo as mesmas origens e causas imediatas.

José Ribas Vieira aponta que o fenômeno da judicialização da política, dada sua complexidade, pode ser visto a partir de diferentes dimensões: a) do ponto de vista institucional, significa um processo de transferência decisória do Poder Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário; b) por um enfoque sociológico, representa o surgimento do Poder Judiciário como legitimado para resolver conflitos sociais, exercendo um papel relevante no exercício da cidadania; c) de uma perspectiva lógico-argumentativa, ocorre a partir da difusão das formas de argumentação e decisão típicas do Poder Judiciário para o âmbito da política, com a “completa domesticação da política e das relações sociais”, pelo “discurso constitucional”.¹²⁹

Do ponto de vista institucional, a judicialização da política significa que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais”.¹³⁰

Se a judicialização da política pode ser vista como um fenômeno a partir do qual se verifica um maior protagonismo do Poder Judiciário em questões tradicionalmente destinadas a serem solucionadas no âmbito político, pelos poderes eleitos, o ativismo judicial guarda com ele certa relação.

Isto porque, enquanto a judicialização é um “indiscutível dado de fato”¹³¹, formado por “macrocondições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceram a transferência decisória do eixo Poder Legislativo-Poder Executivo para o Poder Judiciário”¹³², o ativismo judicial seria “uma atitude, a escolha de um modo

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 08/08/2011, p. 6.

¹²⁹ VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. **Revista Versus**, v. 2, p. 76-84, 2009, p.76.

¹³⁰ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial..., p. 3

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993, p. 34.

¹³² VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional..., p. 81.

específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance”.¹³³

Assim, o ativismo judicial é antes “uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – *prima facie* – de competência de outras instituições”.¹³⁴

Cass Sunstein adverte que no contexto norte-americano, a rotulação de uma Corte como “ativista” pode decorrer de três situações: uma acusação de que aqueles magistrados não estariam abordando a Constituição corretamente; o entendimento de que aquela Corte se coloca contra os precedentes; a compreensão de que a Corte invalida ações de outros ramos do governo.¹³⁵ Todavia, o autor propõe uma nova acepção do termo, mais neutra, sugerindo que o critério para verificar se uma corte é ativista ou não dependa apenas da frequência com que ela invalida ações de outras esferas governamentais, especialmente do Congresso”.¹³⁶

O oposto à postura ativista seria a autocontenção judicial (*self restraint*), “conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes”¹³⁷, ou seja, que implica numa atitude de deferência para com as escolhas realizadas pelos poderes eleitos democraticamente. Como aponta Luís Roberto Barroso, ele é caracterizado pela: a) relutância dos juízes e tribunais em aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando a manifestação legislativa; b) utilização de critérios rígidos e conservadores no controle de constitucionalidade das leis e atos normativos; c) postura de abstenção na definição de políticas públicas.¹³⁸

Se o ativismo judicial pode ser entendido como uma atuação proeminente das Cortes Constitucionais, tarefa mais difícil é precisar o significado da expressão em sentido material.

O termo “ativismo judicial” tem origem no direito norte-americano, a partir da análise do comportamento da Suprema Corte Norte-Americana, sobretudo durante o período da chamada “Corte Warren” (1953-1969), em que seus ministros desempenharam um ativismo judicial “com enfoque na proteção dos direitos

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial..., p. 6

¹³⁴ VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional..., p. 80.

¹³⁵ SUNSTEIN, Cass. **Radical in Robes: why extreme right-wings courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005, p. 41.

¹³⁶ SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.*, p. 42-43.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial...,p. 7.

¹³⁸ *Idem*.

fundamentais e no princípio da isonomia, propiciando verdadeira revolução constitucional nos Estados Unidos.”¹³⁹ Assim, o termo normalmente é associado com uma atuação progressista do Poder Judiciário, em busca da proteção dos direitos fundamentais.¹⁴⁰

No contexto político, também é comum o uso da expressão num “tom de denúncia”, para indicar comportamentos não condizentes com a opinião jurisprudencial dominante.¹⁴¹

Além disso, como aponta José Ribas Vieira, poderá ser considerado ativista o magistrado ou tribunal que “procura suprir omissões (reais ou aparentes) dos demais poderes”.¹⁴²

Keenan Kmiec, trazido por Vanice Regina Lírio do Valle, indica que a expressão ativismo judicial já foi utilizada, no contexto norte-americano, para abarcar pelo menos cinco fenômenos diversos: “a) a prática dedicada a desafiar atos de constitucionalidade defensável emanados em outros poderes; b) a estratégia de não aplicação dos precedentes; c) conduta que permite aos juízes legislar da ‘sala de sessões’, d) afastamento dos cânones metodológicos de interpretação; e) julgamento para alcançar resultado pré-determinado”.¹⁴³

¹³⁹ MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 37.

¹⁴⁰ VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional..., p. 79. Cabe lembrar, na esteira da lição de Cass Sunstein (*Op.cit.*, p. 15-18) que o ativismo judicial também pode se revestir de uma forma conservadora como o ativismo que pautou a atuação da Suprema Corte norte-americana durante a “Era Lochner” (1895-1937) e mais recentemente a atuação da “Corte *Rhenquist*”, adepta de um “*right wing activism*”, voltado aos interesses do partido republicano. Neste sentido, Estefânia Barboza aponta que o ativismo judicial da Era *Lochner* é considerado conservador por que a Corte agiu intervindo em políticas tomadas pelo Poder Executivo e Legislativo na época do *New Deal*, anulando diversas leis que propugnavam por uma maior intervenção estatal na economia, valendo-se da ótica do Estado Liberal [BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais**. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005, p. 83].

¹⁴¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **O Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Jurua, 2009, p. 20.

¹⁴² VIEIRA, José Ribas [et. al.]. Os Vinte Anos de Vigência da Constituição Federal de 1988 no Marco do Ativismo Judicial: os casos da manipulação das células tronco embrionárias e do amianto. In: AZAR FILHO, Celso Martins; OLIVEIRA, Fábio Côrrea Souza de; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe (Orgs.). **Direito Constitucional no Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Qualimark Editora, 2010, p. 195.

¹⁴³ KMEIC, Keenan D. **The origin and current meanings of judicial review**. *Apud*: VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 21. No contexto brasileiro, Luís Roberto Barroso (Judicialização, Ativismo Judicial..., p. 6) aponta como características do ativismo judicial: a) a aplicação da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto; b) a imposição de critérios menos rígidos do que o da patente e exclusiva violação da CF no controle de constitucionalidade; c) a imposição de condutas ou abstenções ao Poder público, principalmente no âmbito das Políticas Públicas.

Na verdade, falar em ativismo judicial envolve precisamente uma questão de interpretação, que abarca a noção dos limites impostos à atividade do Poder Judiciário, sobretudo da jurisdição constitucional.¹⁴⁴ Todavia, é relevante lembrar que o ativismo judicial não é praticado apenas na esfera da prestação jurisdicional dos Tribunais, mas pode constituir uma postura “extrajurisdicional” dos magistrados, em pronunciamentos exteriores à prestação jurisdicional, tais como entrevistas, discursos de posse, entre outros.¹⁴⁵

Deste modo, como se vê, a expressão comporta uma pluralidade de significados. Contudo, mais importante do que procurar uma precisa definição do conceito, é preciso observar como a problemática se põe na esfera político-institucional brasileira, e como reflete as tensas relações entre o constitucionalismo e a democracia.

2.2 CONDIÇÕES MACRO-ESTRUTURAIS PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Insta ponderar que a par da complexidade dos motivos e razões que influenciam a adoção de uma postura ativista pelas Cortes Supremas ao redor do mundo¹⁴⁶, decorrente também de uma maior judicialização da esfera política, pode-se achar alguns parâmetros comuns, que na realidade dizem respeito a uma mudança no modo como as Constituições passaram a regular a vida social.

Discorrendo sobre este aspecto, Paulo Gustavo Bonet Branco, Inocêncio Mártires Coelho e Gilmar Ferreira Mendes creditam a maior participação dos juízes nas decisões políticas a uma “autêntica subversão dos esquemas de pensamento do constitucionalismo tradicional, tal como ele surgiu e se desenvolveu, desde o final do século XVIII, até praticamente todo o século XX”.¹⁴⁷

Apontam os autores que tal mudança decorreu do fato da Constituição ter assumido hodiernamente a condição de norma suprema do ordenamento jurídico, fonte de sua validade, compreendendo um conjunto de regras e princípios dotados

¹⁴⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁵ VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional..., p. 79.

¹⁴⁶ Sobre o assunto, pertinente verificar a obra de Vanice Regina Lírio do Valle (*Op. cit.*, p. 27-32), que destaca as experiências ativistas na Alemanha, Itália e Espanha.

¹⁴⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Bonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 127.

de força normativa e imediatamente eficazes, submetendo a lei à condição de ato infraconstitucional, passível de controle em face da Carta Magna. Aduzem, ainda, que as Constituições em sua primeira concepção eram apenas fonte mediata de direito, dando espaço para que a lei regulasse de forma direta todas as relações sociais.¹⁴⁸

Inegável perceber que a ampliação da atuação do Poder Judiciário nos espaços políticos guarda consonância com a transmutação do papel ocupado na sociedade pelo texto fundamental, com o advento das Constituições sociais do *welfare state*, no século XX, sobretudo após a segunda guerra mundial, as quais passaram a exigir uma postura ativa do Estado na conformação dos aspectos da vida social que regulam, contrapondo-se às constituições liberais do século XIX que exigiam uma atuação meramente negativa.¹⁴⁹

Há, ainda, para alguns doutrinadores uma outra condicionante deste fenômeno, ligada à “retração do sistema representativo”. Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, decorrente da incapacidade do sistema representativo em “cumprir as promessas de justiça e igualdade, inerentes ao ideal democrático e incorporadas nas constituições contemporâneas”, justificando uma atuação do Poder Judiciário no suprimento de tais lacunas, atuação esta que paradoxalmente contribui para a própria crise democrática.¹⁵⁰

Nesta linha, o autor enfatiza que seria possível falar numa “hiper-constitucionalização” da vida contemporânea, a partir do momento em que as constituições hodiernas, desconfiadas do legislador, optam por conformar todas as decisões fundamentais naquele texto, relegando ao Poder Legislativo e Executivo a simples missão de implementação da vontade constituinte, e entregam ao Poder Judiciário a função de exercer a guarda da Constituição.¹⁵¹

Não obstante, embora não se negue a ocorrência de uma “hiper-constitucionalização da vida contemporânea”, a partir do momento em que cada vez mais matérias são incluídas no bojo do texto constitucional, tal conclusão não parece restar verdadeira em contextos como o brasileiro, no qual não se pode ligar a

¹⁴⁸ *Idem.*

¹⁴⁹ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 236-238.

¹⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 8, p. 441-463, jul./dez.2008, p. 443 e 457.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 443.

promulgação de uma Constituição analítica como a de 1988 com uma pretensa “retração no sistema representativo”.

Como aponta Eneida Desiree Salgado, se é possível reconhecer que o texto constitucional se legitima por sua elaboração entregue ao Poder Constituinte e pela “adequação ao consenso difuso no povo quanto às questões fundamentais”, o fato de o nosso texto constitucional ser um “texto longo, aparentemente contraditório, recheado de normas casualísticas” antes reflete a fragmentação da sociedade brasileira, “com vários grupos sociais apresentando carências e desejos muito distintos quanto ao papel do Estado”. Fragmentação esta que se refletiu nos trabalhos realizados na Assembléia Constituinte, onde a pressão popular encontrou “parcial acolhida no Regime Interno da Assembléia Nacional Constituinte, com o envio de pedidos, sugestões e emendas, pressão pelos plenários pró-constituinte e acompanhamento dos trabalhos de elaboração do texto”.¹⁵²

Não obstante, não se pode negar que este espaço maior de atuação para os juízes tenha como fator relevante o avanço das constituições rígidas, dotadas de mecanismos de controle de constitucionalidade, inspirados no *judicial review* do direito norte-americano.¹⁵³

A combinação de Cartas Constitucionais rígidas, dotadas de sistema de controle de constitucionalidade, com a confecção de textos constitucionais cada vez mais ambiciosos e exigentes de uma atuação positiva do Poder Estatal, inclusive do Poder Judiciário, contribuiu para esta maior interferência dos magistrados no domínio da política.

Os textos constitucionais passaram a abarcar a própria esfera política, já que a intervenção do campo constitucional em uma esfera cada vez maior da vida em sociedade acaba por fazer com que a política não se manifeste apenas no momento

¹⁵² SALGADO, Eneida Desiree. **Tijolo por Tijolo em um Desenho (Quase) Lógico**: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. 237f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 167 e 176.

¹⁵³ A decisão que inaugurou a doutrina do *judicial review* norte-americano foi *Madison vs Marbury*. Para mais informações sobre a decisão ver Estefânia Barboza (*Op. cit.*, p. 75-80) e Sérgio Moro (*Op. cit.*, p. 20-24). Como ressalta Estefânia Barboza (*Op. cit.*, p. 17) a adoção de constituições rígidas, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade, adotadas pelos países europeus do século XX, teve por origem o sistema constitucional norte-americano. Neste sentido, Sérgio Moro (*Op. cit.*, p.17) indica que o *judicial review* inspirou o modelo do controle de constitucionalidade no Brasil e no continente europeu, mas sua adoção na Europa teve por base elaborar um sistema contrário ao americano, que os europeus reputavam ter levado a um “governo de juízes”. Pertinente lembrar que como assevera Oscar Vilhena Vieira (*Op. cit.*, p. 443-444) a criação de sistemas de controle de constitucionalidade na Europa decorreu de uma reação ao nazi-facismo e também de uma certa desconfiança na democracia, que levou ao estabelecimentos de substantivas cartas de direitos.

de instauração da Constituição, reservada às discussões no seio do poder constituinte originário, mas também nos momentos seguintes, “de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional”.¹⁵⁴

A combinação dos fatores supracitados acabou criando um ambiente tendente à judicialização da política e propiciou condições para o desempenho de um ativismo judicial por parte do Poder Judiciário, principalmente no âmbito da jurisdição constitucional, a quem incumbe o papel de “guarda da Constituição” em ordenamentos jurídicos como o brasileiro. Isto trouxe à baila, com maior intensidade, os debates acerca dos limites da atividade jurisdicional, para compatibilizar o desempenho da função de guarda da Carta Magna com os postulados democráticos, o que será visto a seguir. Todavia, antes cabe ressaltar alguns aspectos deste fenômeno no contexto da jurisdição constitucional brasileira.

2.3 O CONTEXTO BRASILEIRO: A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No contexto brasileiro, que adota o sistema jurídico do *civil law*¹⁵⁵, pode-se apontar diferentes razões para o protagonismo cada vez maior do Poder Judiciário, e mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, em esferas destinadas aos demais Poderes estatais, sem excluir as condições macro-estruturais expostas anteriormente.

Para Luís Roberto Barroso, o progressivo aumento da influência decisória do Poder Judiciário na esfera político-representativa nacional teve três grandes causas: a) a redemocratização do país, implicando no fortalecimento do Judiciário como poder político, capaz de fazer frente aos demais poderes em defesa do texto constitucional e dos direitos fundamentais nele abarcados, aliado ao reavivamento da cidadania, com uma maior conscientização da população sobre seus direitos e o decorrente aumento do recurso aos tribunais para garanti-los; b) a posituação de

¹⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Política**: uma relação difícil. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61.pdf>>. Acesso em: 17/08/2011, p. 9.

¹⁵⁵ Vanice Regina Lírio do Valle (Op. cit., p. 24-27) esclarece que apesar de o ativismo judicial encontrar mais espaço, tradicionalmente, no âmbito do *common law* norte-americano, até por sua estrutura mais flexível e por contar com uma Constituição sintética e já distanciada no tempo, o sistema do *civil law* se aproximou da problemática do ativismo judicial a partir do chamado movimento do neoconstitucionalismo, que preconiza que as Constituições são textos dotados de forte conteúdo valorativo, defendendo a adoção de novas práticas jurisprudenciais, tais como a ponderação, a proporcionalidade e maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais.

matérias que antes pertenciam ao âmbito político, permitindo-se que elas pudessem ensejar pretensões jurídicas a serem exercidas sob a forma de ação judicial; c) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, de caráter misto, unindo características do modelo concentrado e difuso, o qual possibilita que praticamente qualquer questão moralmente ou politicamente relevante possa aceder ao STF.¹⁵⁶

José Ribas Vieira aponta que no embate entre uma Carta Política que exige prestações positivas dos Poderes Legislativo e Executivo, consagrando um variado plexo de direitos fundamentais, e a realidade representada no ocaso destes poderes na implementação destas tarefas, os Tribunais passaram a ser a última garantia de cidadania. Destaca, ainda, fatores políticos, como a transformação dos tribunais em um verdadeiro “terceiro turno de deliberação e votação”, decorrente do uso destes por “grupos de interesse e por agremiações partidárias derrotadas nos processos deliberativos parlamentares”.¹⁵⁷

Oscar Vilhena Vieira aponta outra característica peculiar da Corte Suprema brasileira que tem conduzido a sua maior influencia na esfera política. É a concentração de poderes na esfera do Supremo Tribunal Federal, uma vez que pelo desenho político-institucional da instituição no texto constitucional, o Tribunal acumula as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado.¹⁵⁸

Outro fator relevante é o papel exercido pela própria Corte neste processo. Neste sentido, José Ribas Vieira destaca outro viés do fenômeno da maior ingerência do Poder Judiciário sobre as decisões políticas, valendo-se da lição de Ran Hirschl, que seria “o interesse de auto-legitimação do próprio tribunal na decisão de questões disputadas na sociedade”.¹⁵⁹

Não se quer, com a exposição desta conjuntura macro-estrutural, dizer que estes são os únicos fatores que incentivaram a criação de um ambiente tendente à judicialização da política¹⁶⁰, até em face da complexidade do tema.

¹⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial..., p. 3-4.

¹⁵⁷ VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional..., p. 77-78.

¹⁵⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 444.

¹⁵⁹ VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional..., p. 78.

¹⁶⁰ Como aponta Oscar Vilhena Vieira (*Op. cit.*, p. 442) alguns autores como Hirschal e Cooter dizem que o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem decorrido de uma aplicação da lógica de mercado ao âmbito jurídico, por se entender que os Tribunais seriam mais confiáveis para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade das decisões políticas do que o legislador democrático.

Se é possível indicar fatores de uma conjuntura macro-estrutural que incentivaram a criação de um ambiente tendente à judicialização da política, é mais difícil identificar, sobretudo no contexto brasileiro, o que pode ter levado a um ativismo judicial da Corte Suprema.

Isso porque, como lembra Vanice Regina Lírio do Valle, as condições estruturais para a judicialização da política estão presentes no contexto brasileiro desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo que só recentemente o tema passou a atrair atenção dos juristas, cientistas sociais e da mídia em geral.¹⁶¹

Há quem repute esta maior atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos anos às mudanças em sua composição¹⁶², ou a um descompasso ideológico entre o Tribunal e os demais poderes do Estado¹⁶³, mas pode-se dizer que este dado evidencia que, no contexto brasileiro, houve uma precedência do ativismo judicial sobre o fenômeno da judicialização da política.¹⁶⁴

Retornado à lição de Ran Hirschl é possível dizer que a Corte Suprema tem pautado mais sua atuação por um “ativismo jurisdicional”, isto é, um procedimento que objetiva “não a concretização de direitos”, mas o alargamento de sua competência institucional”.¹⁶⁵

Neste liame, basta observar algumas de suas atuações recentes, como nos casos: a) da fidelidade partidária, Mandado de Segurança n.º 26.603/DF, onde se pode falar que o Supremo Tribunal Federal procedeu a uma verdadeira mutação constitucional, alterando o texto constitucional com inclusões de hipóteses ali não previstas, apesar de deixar incólume seu texto¹⁶⁶; b) do julgamento envolvendo a lei de biossegurança, que autoriza a pesquisa com células tronco embrionárias, Ação

¹⁶¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 38.

¹⁶² *Ibidem*, p. 42. Aponta a autora que a mudança no modo como a Corte intensificou sua atuação decorreu também de uma conjuntura onde o Tribunal passou a receber ministros acostumados a um ambiente acadêmico em que se sustentava a prevalência da Constituição Federal.

¹⁶³ VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional..., p. 81-82. O autor entende que o “ativismo judicial como condição promotora da judicialização depende de um descompasso entre a ideologia política predominante no tribunal e aquela predominante no âmbito dos poderes eleitos democraticamente”.

¹⁶⁴ Este é o entendimento de José Ribas Vieira (O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional..., p. 81) e Vanice Regina Lírio do Valle (*Op. cit.*, p. 38).

¹⁶⁵ VIEIRA, José Ribas [*et. al.*]. Os Vinte Anos de Vigência da Constituição Federal de 1988 no Marco do Ativismo Judicial..., p. 196. No mesmo sentido, Sérgio Moro (*Op. cit.*, p. 102) assevera que ao contrário do que ocorreu em outros países, notadamente nos Estados Unidos da América a partir da atuação da Corte *Warren*, o Supremo Tribunal Federal e o resto do Poder Judiciário brasileiro nunca promoveram uma “revolução judicial de direitos fundamentais”.

¹⁶⁶ NOGUEIRA, Patrícia Ether; VIEIRA, José Ribas. Mutação constitucional, supranacionalidade e bloco de constitucionalidade. Marcos interpretativos na questão do depositário infiel pelo STF. *Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes*, v. 14, p. 13-28, 2009, p. 16.

Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510-0, onde o Tribunal se colocou para “avaliar a escolha política substantiva, no caso, com ampla repercussão moral, previamente realizada pelo legislador ordinário”, inclusive com recursos aos *amici curiae* e à convocação da primeira audiência pública da história da Corte¹⁶⁷; c) nas decisões prolatadas nos Mandados de Injunção n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA, relativos ao direito de greve dos servidores públicos estatutários, onde o Tribunal, diante da situação fática e das conseqüências danosas da omissão alterou seu entendimento quanto ao mandado de injunção, inclusive propugnando pela concessão de efeitos *erga omnes* à decisão, em decorrência de um “excesso na omissão legislativa”.¹⁶⁸

Fato é que cada vez a partir do momento em que o povo brasileiro “vai se acostumando ao fato de questões cruciais de natureza política, moral ou mesmo econômicas são decididas por um tribunal, composto por onze pessoas, para as quais jamais votaram e a partir de uma linguagem de difícil compreensão, para quem não é versado em direito”¹⁶⁹, pode-se falar numa verdadeira “Supremocracia”¹⁷⁰. O Supremo Tribunal Federal passa a atuar como uma espécie de “novo soberano”¹⁷¹, julgando ser a única leitura do texto constitucional pertinente aquela proferida por seus Ministros e abrogando-se da capacidade de substituir a vontade democrática, tudo isto com fulcro num texto constitucional que lhe atribui a função precípua de “guarda da Constituição”.¹⁷²

A combinação de todos estes fatores, levando a um aumento da participação da jurisdição constitucional na esfera de tomada de decisões políticas, aumentou o debate sobre a adoção por parte do Poder Judiciário, e sobretudo por parte da jurisdição constitucional, de uma postura ativista ou de deferência para com os poderes políticos. Tal questão passa, necessariamente, por um problema tortuoso

¹⁶⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 452-453.

¹⁶⁸ Neste sentido é o entendimento de Vanice Regina Lírio do Valle (*Op. cit.*, p. 129 a 133).

¹⁶⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 442.

¹⁷⁰ Oscar Vilhena Vieira (*Op. cit.*, p. 445) utiliza o termo para se referir à autoridade adquirida pela Corte de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário brasileiro, sobretudo após a Emenda Constitucional n.º 45/2005, que criou o instituto da Súmula Vinculante, e para a própria expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal em detrimento dos poderes eleitos.

¹⁷¹ A expressão é de Eneida Desiree Salgado [Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral. 345f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Curso de Doutorado em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010, p. 87].

¹⁷² Art. 102, caput, da CF. Deve-se lembrar que existe até hoje discussão na doutrina constitucional sobre quem deve ser o Guardião da Constituição, discussão esta eternizada na polêmica entre Hans Kelsen e Carl Schimdt. Neste sentido ver Eneida Desiree Salgado (Princípios Constitucionais Estruturantes..., p. 70-71).

da teoria constitucional, que é a possibilidade de compatibilização entre jurisdição constitucional e democracia.

2.4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, ATIVISMO JUDICIAL E AS TENSÕES ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

O grande problema, neste ponto, é identificar quais seriam “os limites constitucionais às decisões democráticas e, conseqüentemente, o papel da jurisdição constitucional na garantia da observância destes termos”¹⁷³, algo ainda mais grave num ordenamento jurídico onde cabe à jurisdição constitucional dar a última palavra em termos de interpretação dos preceitos constitucionais, sendo que seus membros não são eleitos democraticamente.

Como lembra Lucas Arrimada, o constitucionalismo moderno concebido no século XVIII teve como pilares fundamentais, além das declarações de direitos, o sistema representativo e a divisão de poderes, concebidos a partir de um “projeto institucional contramajoritário”¹⁷⁴, que consagrou “um sistema institucional e uma idéia de separação de poderes claramente elitistas, com grande desconfiança do debate público, da participação cidadã e das decisões majoritárias”.¹⁷⁵ Assim, é possível falar numa tensão entre o ideal constitucionalista e o democrático, mas isso não significa que se deveria tentar equilibrá-los, pois, para o autor “o caráter aberto do jogo de interação dessa tensão em ação é o que a faz tão produtiva”¹⁷⁶, no sentido de possibilitar a participação dos opostos que convivem numa democracia constitucional, deixando aberto o espaço para tomada de decisões futuras,

¹⁷³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes*, p. 67-68. Mauro Cappelletti (*Op. cit.*, p. 21) assevera que o problema não é apontar que o juiz exerce uma atividade criativa no momento de aplicação do direito, algo hoje reconhecido a partir do prisma de que a lei sempre permite certas ambigüidades e incertezas, mas sim definir “o grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais”.

¹⁷⁴ ARRIMADA, Lucas. ***Derecho Constitucional, Moral Institucional y Política Democrática: Sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa***. Disponível em: <<http://cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/arrimada.pdf>>. Acesso em 22/10/2011, p. 3. No original: “*diseño institucional contramayoritario*”.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 4. No original: “*un sistema institucional y una Idea de división de poderes claramente elitistas, con gran desconfianza al debate público, a la participación ciudadana y a las decisiones mayoritarias*”.

¹⁷⁶ *Idem*. Nas palavras do autor: “*Es el carácter abierto del juego de interacción de dicha tensión en acción lo que la hace tan productiva*”

permitindo a criação de novas situações e a atualização dos seus elementos constantemente.¹⁷⁷

Muito embora essa tensão leve a uma constante atualização dos postulados democráticos e constitucionais, não se pode negar que a decisão constituinte “pressupõe uma intenção fundadora e permanente, ou, ao menos, a constituição de um núcleo que tende a permanecer ao longo do tempo”, algo que “ofende a autonomia individual dos indivíduos do futuro”¹⁷⁸, posto que em princípio a escolha dos direitos que serão reputados dignos de proteção pelo Estado, bem como dos princípios que regerão a vida em sociedade e do que será atribuído à esfera de liberdade individual de cada indivíduo, acaba submetida a uma decisão constituinte.

Pode-se dizer que o constitucionalismo acaba por retirar certas decisões da instância política representativa, enfraquecendo seu papel na conjuntura político-institucional, e em consequência limita o próprio espaço de tomada de decisões democráticas.¹⁷⁹

Deste modo, o debate sobre a tensão entre o constitucionalismo e a democracia depende de outro embate, travado entre os que consideram que a Constituição deve ser apenas um instrumento de governo, estabelecendo competências e procedimentos, ou então um “plano global”, que impõe tarefas a serem cumpridas, estabelecendo fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade.¹⁸⁰

Em aprofundado estudo sobre o tema, Estefânia Barboza aponta que este embate da teoria constitucional hodierna é representado no conflito entre as correntes da democracia procedimental e do intitulado “constitucionalismo”, representado pela teoria substantivista da Constituição.

A primeira corrente aduz que a Constituição é um documento com objetivo de estabelecer procedimentos, o que faz com que o papel da jurisdição constitucional se funde “na defesa do procedimento democrático, na medida em que privilegia os direitos que garantem participação política e processos deliberativos justos, independentemente do resultado a ser alcançado”.¹⁸¹

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 4.

¹⁷⁸ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes...*, p.68.

¹⁷⁹ Neste sentido, ver Vanice Regina Lírio do Valle (*Op. cit.*, p. 107).

¹⁸⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 10.

¹⁸¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 21.

Já a segunda corrente propugna que do documento constitucional constam valores substantivos, que funcionam como limites materiais à deliberação democrática, fazendo com que a jurisdição constitucional, ao ser alçada à posição de intérprete final da Constituição, possa controlar os atos que com ela sejam incompatíveis, sejam eles provenientes do Poder Executivo ou do Legislativo.¹⁸²

Vanice Regina Lírio do Valle assevera que esta segunda corrente se liga às chamadas teorias neoconstitucionalistas, que tem por objetivo uma maior abertura do campo jurídico para influências éticas e políticas, ao pretender uma leitura moralizante da Constituição, entendida como uma ordem material de valores anteriores ao Estado, consubstanciada principalmente nos direitos fundamentais.¹⁸³

Como se pode supor, ambas as correntes tem consequências diversas no campo do ativismo judicial. A partir da premissa de que a teoria substantiva da Constituição reconhece a existência de valores mínimos escolhidos pelo povo no momento constituinte, expressos pelos direitos fundamentais, e que neste modelo seu intérprete máximo é o Poder Judiciário, interpretando os valores fundamentais, justifica-se um maior ativismo judicial na proteção e defesa destes direitos.¹⁸⁴

Por outro lado, a própria concepção da democracia procedimental se opõe à idéia de ativismo judicial:

Para a teoria procedimentalista, os valores substantivos de uma sociedade devem ser escolhidos por meio de uma deliberação democrática, ou seja, pelos poderes representativos do povo, quais sejam, o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Devendo o Poder Judiciário ser apenas um garantidor do exercício da democracia, não sendo possível, portanto, a possibilidade de ativismo judicial, visto que a deliberação sobre os valores substantivos de uma sociedade por juízes não eleitos atentaria ao princípio democrático.¹⁸⁵

Todavia, ao contrário do que se poderia pensar, em regra, ambas as concepções reconhecem que há direitos fundamentais a serem tutelados pelo Poder Judiciário, conquanto para os procedimentalistas estes direitos se liguem tão somente ao necessário para a preservação da democracia, pois para eles “o problema que se coloca é quando há limitação material das leis pelo conteúdo dos

¹⁸² *Ibidem*, p. 20.

¹⁸³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 99-100.

¹⁸⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 58-59. No mesmo sentido, Vanice Regina Lírio do Valle (*Op. cit.*, p. 107).

¹⁸⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 39.

direitos fundamentais, e mais especificamente quando este conteúdo é ditado pelo Poder Judiciário (...) ao fazer um julgamento de valores substantivos”.¹⁸⁶

O principal representante da linha procedimentalista é Jonh Hart Ely, para quem seria necessário impor certos limites à atuação dos Juízes na decisão de questões que envolvam valores substantivos. Ele refuta a idéia de que a Suprema Corte deva fazer escolhas difíceis e reiteradas entre valores substantivos concorrentes, ou entre conceitos político-sociais e morais controversos, no exercício de interpretação das cláusulas abertas do texto constitucional¹⁸⁷, até por entender que a preocupação primordial do texto constitucional norte-americano é com o procedimento, e não com a “preservação dos valores fundamentais”.¹⁸⁸ Não estaria ela voltada à ponderação de valores substantivos, mas sim à proteção da “justiça procedimental na resolução de disputas individuais” e a “garantir a participação ampla nos processos e distribuições do governo”.¹⁸⁹

Ele destaca que um dos poucos valores substantivos defendidos pelo texto constitucional americano é a liberdade, mas que a Constituição procurou alcançar tal meta através de um conjunto amplo de proteções procedimentais, visando assegurar que o processo de decisão no momento em que se fizerem escolhas substantivas estará aberto a todos, em condição de igualdade, e que os responsáveis pelas decisões tomarão em conta os interesses de todos que serão afetados por tais deliberações.¹⁹⁰

Por este motivo, entende que a atuação do Poder Judiciário deve restringir-se a situações excepcionais, para garantir a representação de todos na tomada das decisões sobre valores substantivos que cabe aos representantes eleitos, bem como

¹⁸⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 132.

¹⁸⁷ ELY, Jonh Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 57. Cabe atentar que o autor rejeita tanto o interpretacionismo, método de interpretação histórico consistente em extrair do texto constitucional o que os legisladores realmente tinham intenção de fazer ou que efeitos queriam gerar com suas declarações, como a possibilidade de que a Corte procure valores externos para preencher os dispositivos abertos da Constituição. Refuta, assim, que a Corte possa recorrer a conceitos como direito natural, princípios neutros, a razão, a tradição, o consenso, “os valores de amanhã”, na interpretação das cláusulas abertas da Constituição. (*Op. cit.*, Capítulos 02 e 03, p. 21-95).

¹⁸⁸ ELY, Jonh Hart. *Op. cit.*, p. 117. Na realidade, o autor (*Op. cit.*, p. 122) não quer dizer com isto que a Constituição Norte-Americana não traga quaisquer valores substantivos específicos, mas apenas que as disposições desta natureza no texto seriam “poucas e esparsas”, preponderando preocupações estruturais e procedimentais.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 116.

¹⁹⁰ *Ibidem*. p. 133.

para impedir que sejam obstruídos os canais de mudança política, voltando-se à proteção das minorias. Nos dizeres do autor:

Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão ou, (2) quando embora a ninguém se negue explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.¹⁹¹

Na doutrina jurídica brasileira, Marcelo Cattoni esboça concepção semelhante, mas concilia a posição procedimentalista com a proteção dos direitos fundamentais plasmados no texto constitucional. Para o autor, o principal papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional é precisamente garantir o “devido processo legislativo democrático”, ou seja, a abertura dos canais de participação nos discursos legislativos, com a consagração das autonomias pública e privada dos cidadãos, além do “devido processo constitucional”, representado pela garantia de participação discursiva de todos os afetados por uma decisão.¹⁹²

Nesse contexto, destaca a importância de se proteger os direitos fundamentais, entendidos como “garantias de institucionalização de um processo legislativo democrático, fundado na autonomia jurídica, pública e privada, e realizador da pretensão jurídico-moderna segundo a qual os destinatários das normas são seus próprios autores”. Os direitos fundamentais serviriam, assim, como meios aptos a garantir “um consenso racional, ou, ao menos, um processo equânime de negociação, acerca da institucionalização das normas do agir, tornando possível a gênese democrática do direito”.¹⁹³

Roberto Gargarella, por sua vez, caracteriza como “elitista” a pretensão de que o poder de dizer a última palavra sobre o direito deva ser atribuído ao Poder

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 137.

¹⁹² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 130, 155-156 e 163-164.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 137 e 154.

Judiciário, embora igualmente refute que o controle dos atos legislativos seja feito pelo próprio Poder Legislativo.¹⁹⁴

Para ele, a jurisdição constitucional teria dois objetivos: a) manter integralmente a autonomia dos indivíduos, pois os poderes constituídos não podem intervir na esfera pessoal dos indivíduos, de moral privada, salvo quando ao fazer uma correlação entre o dano a terceiros que uma ação individual possa provocar e a importância que a ação tenha para a esfera individual da pessoa se verifique que o caráter danoso da ação é preponderante¹⁹⁵; b) assegurar as condições do debate democrático, a partir de um conceito de “democracia deliberativa”¹⁹⁶, calcado na idéia de que todo processo de discussão democrática deve tratar a todos “com igual consideração e respeito”, num processo dialógico, onde todos os grupos e indivíduos tenham direito a provar suas concepções, conhecer as preferências dos demais e revisar suas próprias convicções, um processo essencialmente argumentativo.¹⁹⁷

Ronald Dworkin, por sua vez, parte de uma concepção do Estado de Direito “centrada nos direitos”, que pressupõe que “os cidadãos tem direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo”, reconhecidos no direito positivo e exigíveis pelos cidadãos perante o Poder Judiciário.¹⁹⁸

¹⁹⁴ GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 99-103. O autor destaca que não há garantia de que as decisões tomadas pela maioria legislativa sejam justas, podendo restar equivocadas, destacando a falibilidade do ideal de que os acordos majoritários naquela esfera se fundem num consenso ideal, até pela pressão de grupos políticos sobre os Parlamentos e diante da falta de identidade entre os interesses dos representantes e representados.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 167-171.

¹⁹⁶ A expressão é também empregada por Carlos Santiago Nino (*La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996, p. 180). Neste sentido, aponta Eneida Desiree Salgado (Princípios Constitucionais Estruturantes..., p. 21) que o termo é usado pelo autor para configurar um modelo de democracia o qual “exige que todas as partes interessadas participem na discussão e na decisão, de maneira razoavelmente igual e sem coerção, em que possam expressar seus interesses e justificá-los com argumentos genuínos; que o grupo tenha uma dimensão apropriada para permitir a maximização da probabilidade de um resultado correto; que as maiorias e minorias se formem a cada matéria discutida e nenhuma minoria reste isolada; e que os indivíduos não se encontrem sujeitos a emoções extraordinárias”.

¹⁹⁷ GARGARELLA, Roberto. *Op. cit.*, p. 158-165 e 263. Neste sentido, insta observar que o autor não propõe expressamente uma solução para o difícil dilema de se decidir a quem se deve atribuir a última palavra no processo de interpretação constitucional, embora aponte no Capítulo 4 da obra algumas opções intermediárias, como a atuação de grupos de pressão dos setores de menor expressão política, a introdução de jurados e juizes leigos, a criação de um Conselho da Magistratura, ou uma maior restrição na atividade do tribunal como Legislador Negativo, embora admita que tais sugestões não resolvem o problema de que um grupo seletivo de indivíduos tome as decisões fundamentais em nome da maioria da população. (*Op. cit.*, p. 105-119).

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 7.

Partindo desta concepção, ele diz que quando o texto constitucional nada diz ou é ambíguo, o juiz deveria procurar qual das decisões possíveis no caso melhor se ajusta aos “direitos morais de fundo das partes”, encontrando um princípio apto a captar os direitos morais das partes pertinentes às questões levantadas pelo caso, princípio este que não pode ser incompatível com o repertório legal de sua jurisdição.¹⁹⁹

Seu argumento tem como premissa a idéia de que há uma intrínseca relação entre o direito e moral, e que o conceito de direito é um conceito interpretativo, sendo que a determinação do conteúdo das disposições constitucionais abertas ocorre pela reflexão sobre um “vasto e abrangente sistema teórico de princípios complexos”.²⁰⁰

Ele assevera que no exercício da função jurisdicional os magistrados devem “oferecer uma justificação teórica a seus julgamentos”, o que realizam ao demonstrar “que os princípios que as sustentam também oferecem a melhor justificação de uma prática jurídica mais geral na área do direito em que se situa o caso.”²⁰¹

Assim, o papel dos juristas no momento de solucionar casos concretos, exercendo uma interpretação construtiva das cláusulas abertas da Constituição voltada à “integridade”, seria identificar quais princípios morais abstratos contidos na Constituição oferecem “a melhor justificação da prática jurídica como um todo, isto é, que seja mais peremptória em termos morais”, partindo de “suas próprias convicções de moralidade política ao discutirem por que suas interpretações são mais dignas de aceitação do que outras que também passariam neste teste”, sem descuidar das práticas e tradições da nação, pois “um juiz ou um cidadão que precisa decidir o que é o direito quando se vê diante de alguma decisão complexa, deve interpretar o direito do passado para descobrir quais princípios melhor o justificam, e, em seguida, decidir o que tais princípios exigem no novo caso”. Disto decorre que sua teoria parte da idéia de que “o argumento jurídico é um argumento típica e completamente moral”.²⁰²

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 15-16.

²⁰⁰ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 73.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 75 e 85.

²⁰² *Ibidem*, p. 187, 200 e 205.

Como se vê, o autor defende uma postura mais ativa dos juristas e magistrados na interpretação do texto constitucional, sobretudo nos casos difíceis (*hard cases*) adotando uma postura em que a resposta certa para os casos corretos é construída através da argumentação.²⁰³ Além disso, sua teoria assume caráter substantivo porque afirma ser possível extrair princípios morais abstratos a partir do texto constitucional, que orientam a construção da solução nos casos concretos pelos juristas.

Embora sustente que não existem argumentos que comprovem que as decisões dos legisladores sobre os direitos seriam mais corretas do que as decisões judiciais, Ronald Dworkin reconhece limites à atuação dos Tribunais sobre questões políticas, ao diferenciar argumentos de princípio político, que se referem a direitos políticos dos cidadãos individualmente considerados, dos argumentos de política pública, os quais “exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público”. Os juízes ao decidirem casos controvertidos deveriam tomar suas decisões com base em argumentos de princípio político e não em argumentos de política pública.²⁰⁴

Deste modo, o papel central da jurisdição constitucional para o autor seria assegurar o que a Constituição colocou para além do debate político, direitos, liberdades e garantias que não estariam submetidas às preferências da maioria legislativa, denotando que tais restrições seriam estruturais à própria democracia²⁰⁵, entendida como “autogoverno com a participação de todas as pessoas, que atuam conjuntamente como membros de um empreendimento comum, em posição de igualdade”.²⁰⁶

Partindo de uma concepção que guarda semelhanças com a de Dworkin, Vera Karam de Chueiri aponta que o Poder Judiciário deve ser encarado como um “*locus* de realização dos direitos fundamentais”, pois a ele é “dado aplicar o direito no sentido da efetivação de tais direitos”. Assim, a importância da atuação da jurisdição residiria na efetivação dos direitos morais aludidos por Ronald Dworkin nos casos concretos, com fundamento nos princípios constitucionais, tendo por escopo principal “proteger os direitos individuais e sociais garantidos pela nossa

²⁰³ *Ibidem*, p. 322-323.

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio, p. 6 e 16.

²⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **Liberalismo, Constitución y Democracia**. Buenos Aires: La Isla de la luna, 2003, p. 32, 53, 71 e 75.

²⁰⁶ DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**, p. 190.

Constituição”, devendo para tal valer-se de argumentos de princípio e decidir levando em conta que “todos sejam julgados pelos mesmos parâmetros de justiça”, por imposição do princípio da igualdade, “segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração”.²⁰⁷ Por outro lado, assevera que o Poder Judiciário “se torna usurpador de poderes do legislativo e do executivo no momento em que os julgadores decidem com base em argumentos de política”.²⁰⁸

Adepto de uma concepção que guarda algumas semelhanças à exposta por Dworkin, Luís Roberto Barroso defende que a jurisdição constitucional quando bem exercida pode representar “uma garantia para a democracia”. O autor considera legítima a atuação do Poder Judiciário ao tomar decisões de caráter político caso tenha por objetivo a preservação da democracia e dos direitos fundamentais, apontando que as demais decisões politicamente relevantes devem ser tomadas pelos poderes eleitos.²⁰⁹ Por este motivo, para ele, as decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados, pois “não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade”.²¹⁰

Embora seja adepto da concepção substancialista de Ronald Dworkin, Sérgio Moro assevera que os juízes não têm qualificação superior ao legislador ou qualquer outro cidadão para fazer tal escolha, aduzindo que a opção pela guarda do texto constitucional tem caráter político e que o juiz deve entender seu papel secundário na democracia, só podendo agir quando a atividade do legislador foi passível de censura.²¹¹

Assim, a jurisdição constitucional só poderia impor sua interpretação do texto constitucional provando a superação da “reserva de consistência”, demonstrando que “a interpretação judicial da Constituição é mais acertada do que a interpretação subjacente ao ato legislativo controlado”, fundamentando seus atos, sob pena de ilegitimidade. Justamente na superação da “reserva de consistência” estaria o limite

²⁰⁷ CHUEIRI, Vera Karam de. Como Levar o Supremo Tribunal Federal à Sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.9, p. 45-66, jan-jul de 2009, p. 47, 49, 51 e 53.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 61.

²⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial..., p. 11-12.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 10.

²¹¹ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 201, 150, 155 e 162.

da jurisdição constitucional, levando a situações onde os juízes deveriam reconhecer não estarem aptos a tomar certas decisões.²¹²

Deste modo, Sérgio Fernando Moro admite que “cabe aos representantes do povo a primazia na formulação das políticas públicas”, de modo que a superação da reserva da consistência é condição para atuação do juiz nesta área. Se tal superação não restar caracterizada, “deve ser mantido o ato controlado ou o vazio legislativo”. Destaca, ainda, que caso os juízes decidam questões políticas estão obrigados a encontrar “para cada caso, uma solução conforme ao Direito”.²¹³

Para o autor, a melhor posição seria a adoção de uma postura ativista apenas em situações em que esta possa ser defendida com base no próprio regime democrático. Ou seja, voltada à proteção dos direitos fundamentais que são inerentes ao regime democrático, como a liberdade de expressão, o direito de informação e os direitos de participação, bem como para proteção dos direitos sociais, sobretudo os titularizados, ainda que não exclusivamente, por pessoas pobres, “pela sua ligação com as liberdades básicas e necessárias para o funcionamento do processo político democrático”. A atuação do Tribunal também restaria justificada para resguardar o caráter republicano da democracia, censurando leis que “não tenham por base qualquer concepção de interesse público”. Nos demais casos, seria recomendada uma postura de “deferência em relação aos demais poderes”.²¹⁴

Adepto de uma concepção substantivista, Eduardo García de Enterría aduz que a jurisdição constitucional seria uma espécie de “poder neutro”, “um comissionado do poder constituinte para sustentar sua obra”. Partindo de um entendimento do texto constitucional como uma regra básica que define o consenso da sociedade, o autor vislumbra que a tarefa precípua do tribunal constitucional seria a proteção dos direitos fundamentais, e especialmente do direito de liberdade, encarados como proteções contra a maioria parlamentar ocasional. Não obstante,

²¹² *Ibidem*, p. 204, 224 e 260. Neste prisma, Sérgio Moro (*Op. cit.*, p. 220) destaca que a adoção de uma postura minimalista pode ser interessante, quando o juiz não se sinta seguro para o julgamento, por dar tempo para que a controvérsia constitucional amadureça, propiciando um julgamento de melhor qualidade.

²¹³ *Ibidem*, p. 204-205.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 156, 200-201, 262-263, 281-282, 273, 291-292, 301, 314-315.

admite um segundo papel para a jurisdição constitucional, no sentido de “evitar o achatamento das minorias”.²¹⁵

Assevera o autor que a atuação dos magistrados, embora possa levar em conta as conseqüências políticas de sua decisão, deve ser voltada ao texto constitucional, destacando que o mais importante é que as decisões tomadas sejam motivadas, de maneira detalhada e em princípios que transcendam a apreciação singular do caso, possibilitando que a atividade jurisdicional se desenvolva mediante um exercício de explicação, persuasão e justificação fundamentada.²¹⁶ Assim, a legitimidade da atuação do Tribunal Constitucional decorreria, em última instância, de ele demonstrar sua capacidade de captar a vontade comum expressa no texto constitucional, exprimindo tal concepção para gerar um consenso.²¹⁷

Mauro Cappelletti também defende uma atuação dos juízes na proteção dos direitos fundamentais, mas diz que tal atividade está limitada por “virtudes passivas” ou “limites processuais”, representados pela inércia da jurisdição, o fato de o juiz desenvolver sua atividade num processo de partes e com elas não pode ter relação, e a necessidade de respeito ao contraditório, como imperativo de um equânime tratamento das partes no processo.²¹⁸

Uma terceira posição, contrastante com as duas acima expostas, é sugerida por Cass Sunstein, adepto de uma concepção minimalista²¹⁹, pela qual os juízes devem decidir um caso por vez, sem pensar no reflexo dos casos para o futuro e nem tomarem posição em controvérsias sociais, ou nas mais controversas questões

²¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 188, 190-191, 193 e 197-198.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 180-184 e 234-236. O autor assevera, ainda, que a função exercida pela jurisdição constitucional não difere em sua natureza da atividade jurisdicional exercida em outras instâncias, mas as poucas diferenças decorrem do objeto sobre o qual recai sua tarefa interpretativa, a Constituição, que consubstancia conceitos jurídicos indeterminados e princípios gerais de direito. Ele precisa que pela amplitude de tais disposições, o juiz deveria aplicar suas próprias convicções à elas no momento da interpretação, tratando-os como “conceitos jurídicos indeterminados de valor”. (*Op. cit.*, p.223-232).

²¹⁷ *Ibidem*, p. 193 e 205.

²¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 68, 75-76, 87, 100.

²¹⁹ Cass Sunstein (*Op. cit.*, p. 12-27, 32, 39-40, 72, 243-245) refuta as concepções dos juízes ditos fundamentalistas ou originalistas, que buscam resgatar a “Constituição no Exílio” (“*The Constitution in Exile*”), ou seja, interpretar o texto constitucional retornando às concepções dos que o ratificaram, com base no significado com que ele era lido pela geração da época de sua promulgação, aduzindo que ela consubstancia uma escolha política, possibilitando um ativismo judicial que atende aos objetivos conservadores do Partido Republicano, “*right wing activism*”, comum no contexto da Corte Rhenquist (1985-2005). Igualmente, rechaça uma leitura perfeccionista do texto constitucional, que acredite que o papel do juiz é tornar o documento constitucional “o melhor que ele pode ser” (*good as it can be*), lendo-o sob a “melhor luz possível”, e se imiscuindo nas controvérsias mais profundas da teoria moral e política.

de direito constitucional, propugnando, ainda, pelo respeito aos precedentes, porque eles promovem estabilidade, possibilitando aos magistrados não enfrentar as questões mais fundamentais quando submetidos a um caso novo.²²⁰

Assim, na tentativa de compatibilizar o exercício da jurisdição constitucional com os ideais democráticos, Cass Sunstein defende uma posição que ressalte o caráter democrático do governo estadunidense, possibilitando que os cidadãos e seus representantes desempenhem um forte papel na resolução das questões políticas mais fundamentais, bem como aduz que “os juízes devem dar o benefício da dúvida aos poderes eleitos”.²²¹ Por isto, leciona o autor:

Juízes não eleitos, mais do que a maioria, devem respeitar o espírito da liberdade, falta-lhes uma forte base democrática; eles não se submetem à reeleição. Além disso, eles não tem conhecimentos específicos de ética ou teoria política. Às vezes são incapazes de prever as conseqüências de suas próprias decisões. Por estas razões, devem ser relutantes em subscrever opiniões controversas sobre política ou moralidade, e usar delas em ambiciosas regulamentações contra os cidadãos. Seus julgamentos podem ser incorretos; falta aos juízes acesso à verdade moral e política. Mesmo quando eles estão certos, suas decisões podem ser mal-sucedidas ou contraproduativas.²²²

Destarte, embora compartilhe com os procedimentalistas a preocupação de que uma atuação excessiva da jurisdição constitucional acabe por sufocar a democracia, Cass Sunstein reconhece a existência de um núcleo de direitos no qual o governo não pode intervir, que abarca o direito à liberdade de expressão, o sufrágio e a proteção processual contra o encarceramento injustificado, aduzindo que fora deste núcleo deve-se respeitar as prerrogativas democráticas.²²³

²²⁰ SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.*, p. 27-30. O autor aponta que os minimalistas partem da idéia de que o direito constitucional seria um conjunto de “acordos incompletamente teorizados” (*incompletely theorized agreements*), uma espécie de consenso por meio do qual os magistrados aceitam um determinado entendimento das cláusulas abertas da Constituição, sem acordarem em seu significado mais profundo, situação na qual “as questões mais fundamentais não são decididas” (*in which the most fundamental questions are left undecided*). Ele acredita que tais acordos são uma necessidade prática numa sociedade diversa.

²²¹ *Ibidem*, p. 50. Nas palavras do autor, “the judges should give the benefit of the doubt to the elected branches”.

²²² *Ibidem*, p. 170. No original: “Unelect judges, even more than most, should respect liberty’s spirit. They lack a strong democratic pedigree; they do not stand for reelection. In addition, they have no particular expertise in ethics or political theory. They’re sometimes unable to foresee the consequences of their own decisions. For these reasons, they should be reluctant to endorse controversial views about politics or morality, and to use those views in ambitious rulings against their fellow citizens. Their judgments may be erroneous; judges lack special access to moral and political truth. Even when they are right, their decisions may be futile or counterproductive”.

²²³ *Ibidem*, p. 252.

2.5 UMA QUESTÃO SEM RESPOSTA CORRETA?

Como lembra Sérgio Fernando Moro, a jurisdição não pode se autoconter o tempo todo e tampouco ser ativista demais²²⁴, pelo que se infere que a melhor conclusão possível para a possibilidade de compatibilização entre o exercício da jurisdição constitucional e os postulados democráticos é que não há uma resposta correta a tal questão. Nenhum das correntes doutrinárias expostas alhures escapa ileso a críticas.

O substantivismo, ao atribuir aos juízes e tribunais o papel de leitura da constituição a partir de um ponto de vista moral, acaba por criar um “juiz Hércules”²²⁵, fazendo com que a jurisdição constitucional assuma o papel de um “superpoder que interpreta a pretensa ‘vontade’ ou ‘intenção’ fundadora daqueles que legislativamente burilaram o texto constitucional, transformando-a numa espécie de ‘poder constituinte permanente’, uma verdadeira guardiã do processo político e da cidadania”.²²⁶

Neste papel, ela possibilita aos juízes que imponham à sociedade sua visão sobre o texto constitucional, como aponta Cass Sunstein²²⁷, além de levar à colonização da Constituição, colocada a disposição de interesses políticos.²²⁸ Algo grave em ordens jurídicas como a brasileira, na qual a Corte Constitucional tem a última palavra sobre as questões constitucionais, já que o Tribunal acaba por submeter “todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais”. A partir do que, o texto constitucional passa a ser compreendido como o texto fundamental a partir do qual os “sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”, uma espécie de Bíblia, o que conduz a uma “representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”.²²⁹

²²⁴ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 155-156.

²²⁵ VALLE, Vanice Lírio do Valle. *Op. cit.*, p. 103.

²²⁶ CATTONI de OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 134 e 137.

²²⁷ SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.*, p. 40.

²²⁸ CATTONI de OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Op. cit.*, p. 132.

²²⁹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdicional na sociedade órfã. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov.2000, p. 185 e 191.

Além disso, como lembra Sérgio Moro, mesmo que os juízes guiem a interpretação da Constituição por uma visão substantiva da democracia, não existem garantias de que não tomarão decisões equivocadas ou contrárias à vontade popular, ainda que em relação a temas específicos.²³⁰

Outra crítica comumente feita é a de que uma diferenciação como a sugerida por Ronald Dworkin entre argumentos de princípio político e argumentos de “política comunitária” (políticas públicas), se torna um pouco irrelevante no Brasil, onde a estrutura constitucional permite que ascendam à jurisdição constitucional questões não relacionadas a “direitos”, através do controle abstrato de constitucionalidade.²³¹

O procedimentalismo, por sua vez, também não escapa de críticas severas. Ronald Dworkin aponta que uma das maiores falhas de tais teorias, mais precisamente a de Jonh Hart Ely, seria o fato de que elas partem de uma opção por um determinado modelo de democracia, que reputam como correta e atribuem aos magistrados o papel de defendê-la, caindo em contradição, já que esta opção é precisamente uma escolha substantiva²³². Além do que, como aponta Estefânia Barboza, os procedimentalistas acabam partindo de “algumas pré-condições necessárias (...), tais como a liberdade, igualdade e dignidade dos cidadãos, (...), condições necessariamente substantivas”.²³³

Poder-se-ia falar que mesmo no âmbito do procedimentalismo a atividade dos juízes não poderia ser neutra, posto que nesta concepção mesmo a defesa das minorias por parte do Poder Judiciário partiria de uma valoração das condutas e características de determinados grupos, para apontar quais deles exercem atividade protegida pela Constituição.²³⁴

Sérgio Moro critica ainda tal teoria ao dizer que a concepção de Jonh Hart Ely entra em contradição com o próprio texto da Constituição norte-americana, que “contém normas de cunho material não-relacionados com o funcionamento do processo democrático”, além de não se adequar ao modelo constitucional brasileiro, que contém normas constitucionais de conteúdo material, “sem qualquer relação com o sistema democrático”.²³⁵

²³⁰ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p.119.

²³¹ *Ibidem*, p. 178.

²³² DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio, p. 43 e 82.

²³³ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 41.

²³⁴ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 147.

²³⁵ *Ibidem*, p. 144 e 146. Pertinente aqui lembrar que o entendimento de Jonh Hart Ely (*Op. cit.*, p. 122) não é por uma concepção puramente procedimental do texto constitucional, mas sim que são

Apesar de esboçar argumentos na linha do procedimentalismo, Roberto Gargarella admite que a concepção de “democracia pluralista”, baseada na idéia que nenhum grupo possa dominar os demais, é faticamente impossível.²³⁶

Outro óbice normalmente oposto contra o procedimentalismo e que se aplica igualmente ao minimalismo, diz respeito ao fato que tais concepções supõem uma sociedade emancipada, com indivíduos autônomos, se aplicando apenas às democracias onde “os principais problemas da exclusão social e dos direitos fundamentais foram resolvidos”.²³⁷ Assim, há quem afirme que a proteção pelo Poder Judiciário de simples garantias procedimentais não é suficiente para atender sociedades como a brasileira, muito desiguais, onde o interesse de determinados indivíduos deveriam ser favorecidos, já que o modelo procedimentalista “não permite que nenhum interesse ou demanda seja favorecido, nem que por bons motivos”.²³⁸

Também se objeta a postura minimalista apontando-se sua não adaptação à realidade brasileira, sobretudo em decorrência da existência em nosso ordenamento de vias de controle concentrado de constitucionalidade²³⁹, bem como se alegando que tal postura dificultaria a previsibilidade das decisões judiciais, abrindo espaço para arbitrariedades²⁴⁰, já que preconiza que os juízes decidam um caso por vez.

Questão de transcendental importância na discussão sobre o ativismo judicial é a falta de mecanismos aptos ao exercício de um controle democrático sobre o Poder Judiciário, ainda mais quando ele invalida decisões tomadas no âmbito político, através do controle de constitucionalidade, decisão esta não passível de afastamento por um órgão democrático.²⁴¹ Não há dúvida que nestes casos o Tribunal desempenha um exercício de poder, que “em uma república deve sempre estar submetido a controles de natureza democrática”.²⁴²

Este poder se torna algo ainda mais complicado quando se vê que ele pode ser usado como uma estratégia pelos Poderes políticos para retirar temas controvertidos do debate público, reduzindo custos de uma decisão controvertida, os

“poucas e esparsas” as disposições do documento que procuram sustentar determinados valores substantivos específicos, mas se incluindo dentre tais valores a proteção à liberdade.

²³⁶ GARGARELLA, Roberto. *Op. cit.*, p. 154-157.

²³⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 172-173.

²³⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Op. cit.*, p. 40-41.

²³⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes...*, p. 80.

²⁴⁰ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 219.

²⁴¹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes...*, p. 87.

²⁴² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 446.

quais muitas vezes dificilmente seriam decididos em sentido favorável, por falta de consenso ou de discussão.²⁴³

De fato, talvez antes de questionar o protagonismo da Corte Constitucional brasileira no exercício do controle de constitucionalidade, que na realidade é uma “opção politicamente dramática”²⁴⁴ feita no seio institucional de um determinado país, ou procurar achar uma resposta acerca da legitimidade de sua atuação “ativista” dando a última palavra em questões tipicamente submetidas à esfera política, algo aparentemente impossível, a questão seja exigir parâmetros de controle sobre a atividade dos ministros, ou seja, “uma racionalização da jurisdição e lapidamento de seu processo deliberativo”.²⁴⁵

Assim, por exemplo, a atuação jurisdicional na esfera política não pode descuidar do princípio de presunção de constitucionalidade da legislação, derivado da teoria jurídica, e que impõe que se repute inconstitucional uma espécie normativa apenas ser for absolutamente clara sua contradição com a Constituição²⁴⁶, sem procurar, como tem feito o Supremo Tribunal Federal em muitos casos, substituir as decisões do parlamento caso entenda que as suas são melhores.²⁴⁷

Talvez fosse o caso, ainda, de exigir uma maior demonstração de que suas decisões foram motivadas²⁴⁸, num processo onde as decisões sejam fruto de um verdadeiro exercício de “explicação, persuasão e justificação fundamentada”²⁴⁹, permitindo um maior controle por parte da sociedade brasileira. Neste sentido afigura-se que as decisões tomadas pela Corte poderiam ser mais transparentes, com exposição precisa do posicionamento do Tribunal sobre a matéria, expondo o processo de deliberação e consenso da Corte, e não acórdãos que nada mais são do que a soma de votos díspares, além de evitar-se ao máximo a tomada de decisões monocráticas.²⁵⁰

²⁴³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 35. Neste sentido, ver também José Ribas Vieira (O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional..., p. 80).

²⁴⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Op. cit.*, p. 137.

²⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 457.

²⁴⁶ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Estruturantes...*, p. 23.

²⁴⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 452.

²⁴⁸ Para Luis Roberto Barroso (Judicialização, Ativismo Judicial..., p. 14), o dever de motivação, mediante o emprego de uma argumentação racional e persuasiva é o traço distintivo da função jurisdicional que lhe dá legitimação.

²⁴⁹ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 236.

²⁵⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 458.

Outro ponto pertinente é a incorporação de instrumentos que possam conferir maior legitimidade democrática às decisões tomadas pela jurisdição constitucional, com a participação e oitiva dos setores interessados na tomada de decisões controversas pelo Tribunal, o que pode ser feito através da adoção de instrumentos como o *amicus curiae* ou a convocação de audiências públicas.²⁵¹

Outro passo seria a adoção de “uma postura mais humilde e cooperativa por parte dos ministros do STF”²⁵² ao não pretenderem ser o “cume da soberania”, a partir da característica de sua competência para decidir em última instância com caráter vinculante, reconhecendo que “O direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o judiciário”.²⁵³

Isto deveria se refletir no reconhecimento de que por vezes os Tribunais não estão mais preparados para avaliar o impacto de determinadas decisões, por falta de tempo, informação ou conhecimento específico, privilegiando as manifestações do Poder Executivo e Legislativo a respeito, e reconhecendo que “dentre diferentes possibilidades de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular”.²⁵⁴ Talvez, como aponta Oscar Vilhena Vieira, para lograr tais objetivos o STF precisasse passar por uma reestruturação institucional, se concentrando apenas na função de jurisdição constitucional.²⁵⁵

Apesar de todos os parâmetros de controle e medidas necessárias para possibilitar uma maior compatibilização da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal com os ideais democráticos, isto não significa em absoluto que o ativismo judicial deva ser por si só condenado. Se por um lado, às vezes, será necessária uma atitude de autocontenção, por outro o ativismo judicial pode ser necessário, desde que exercido “dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico”.²⁵⁶ Um ativismo judicial que possa ser defendido em bases democráticas, onde o juiz reconheça o “papel institucional” de “guarda da

²⁵¹ *Idem*. Sérgio Fernando Moro (*Op. cit.*, p. 115) faz o interessante contraponto de que embora medidas desta natureza possam promover um maior acesso ao juiz constitucional, isto não afasta o fato de que cabe ainda ao juiz dar a última palavra.

²⁵² VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional..., p. 83.

²⁵³ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.*, p. 20-21.

²⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial..., p. 16-18.

²⁵⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Op. cit.*, p. 457.

²⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial..., p. 18.

Constituição” que lhes foi reservado, atuando como um garantidor dos direitos fundamentais, da liberdade, da igualdade e da democracia, mas ao mesmo tempo não se coloque na posição de um “guardião platônico” do texto constitucional, observando que uma postura de autocontenção é “recomendável para aliviar as tensões com o regime democrático”.²⁵⁷

²⁵⁷ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 180-181.

3 O MANDADO DE INJUNÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL: CONSIDERAÇÕES SOBRE O CASO ENVOLVENDO O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Como visto, a conformação da garantia constitucional do mandado de injunção traz à tona discussões envolvendo os limites da atividade desempenhada pela jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. Por este motivo, no presente capítulo, analisar-se-à um caso concreto, com objetivo de contextualizar tais discussões.

O caso alvo de análise envolve o julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal, no dia 25 de outubro de 2007, dos Mandados de Injunção n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA, atinente ao direito de greve dos servidores públicos, garantido pelo art. 37, XVII, da Carta Magna²⁵⁸ e obstaculizado pela ausência de norma regulamentadora. O caso é paradigmático para o estudo feito, uma vez que envolve situação onde o Supremo Tribunal Federal não apenas reconheceu a existência do direito de greve dos servidores públicos, criando a regulamentação para exercício do direito, mas acabou por criar, ainda que provisoriamente, uma regulamentação extensível *erga omnes*, através da aplicação analógica, com certos temperamentos, da Lei n.º 7.783/89, que disciplina o direito de greve no âmbito da iniciativa privada. O caso marcou também uma mudança da Corte quanto à interpretação conferida ao mandado de injunção, conferindo uma maior efetividade a esta garantia constitucional, gerando discussões sobre se o Tribunal teria ou não excedido os limites impostos à sua atuação.

Por este motivo, neste Capítulo procurar-se-à demonstrar quais foram os principais argumentos que embasaram a decisão, em que contexto ela foi tomada, suas repercussões, se tendo em vista os argumentos teóricos expostos no capítulo três deste trabalho a Corte teria excedido os limites impostos à sua atuação, além de esboçar alguns aspectos que envolvem o direito de greve dos servidores públicos, inclusive apontando óbices da aplicação analógica da Lei n.º 7.783/89 ao caso.

²⁵⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica.

3.1 O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS NO BRASIL: HISTÓRICO, NATUREZA DA NORMA, INTERPRETAÇÃO DOS TRIBUNAIS E PROJETOS DE LEI

O direito de greve, como apontado por Mauricio Godinho Delgado, é meio de “autotutela, instrumento de pressão coletiva” que tem por objetivo “o alcance de certo resultado concreto, em decorrência do convencimento da parte confrontada. É movimento concertado para objetivos definidos, em geral, de natureza econômico-profissional ou contratual-trabalhista”.²⁵⁹

Como leciona Carlos Henrique Bezerra Leite, o direito de greve é “um direito fundamental do trabalhador enquanto pessoa humana”, abrangendo simultaneamente as faces de um: a) direito de liberdade, no sentido do reconhecimento das liberdades públicas e do “direito subjetivo de reunião entre pessoas para fins pacíficos”; b) direito de igualdade, pois é por meio dele que os trabalhadores podem melhorar suas condições sociais, reduzindo a desigualdade econômica em relação ao empregador; c) direito coletivo social dos trabalhadores, ligado à fraternidade.²⁶⁰

No contexto brasileiro, o conceito do direito de greve se acha abarcado no art. 2º da Lei n.º 7.783/89, que dispõe: “Para os fins desta Lei, considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.”

Neste trabalho, por questões de pertinência ao estudo de caso pretendido, se traçará delineamentos acerca do direito de greve dos servidores públicos.

Na história constitucional e legislativa brasileira existiram vários períodos onde o direito de greve foi proibido e outros em que seu exercício foi assegurado pela ordem legal.²⁶¹

Quanto ao direito de greve no serviço público, anteriormente à ordem constitucional de 1988 tal direito não encontrava guarida no ordenamento jurídico nacional. Neste sentido, o art. 157, §7º da Constituição Federal de 1967 estabelecia

²⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ªed. São Paulo: LTR, 2008, p. 1416 e 1417.

²⁶⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A Greve do Servidor Público Civil e os Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_34/artigos/Art_carlos.htm>. Acesso em: 10/10/2011.

²⁶¹ Para o histórico do direito de greve no Brasil, ver Carlos Henrique Bezerra Leite (*Op. cit.*). O autor aponta que a greve só passou a ser reconhecida como direito na Constituição de 1946, em seu art. 158, muito embora ela condicionasse seu exercício à edição de lei posterior.

que “*não será permitida greve nos serviços públicos e atividades essenciais, definidas em lei.*” Tal regra foi, ainda, reproduzida com redação idêntica no art. 162 da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969.

A própria lei de greve vigente à época, Lei n.º 4.330/64, estabelecia em seu art. 4º, que “*A greve não pode ser exercida pelos funcionários e servidores da União, Estados, Territórios, Municípios e autarquias, salvo se se tratar de serviço industrial e o pessoal não receber remuneração fixada por lei ou estiver amparado pela legislação do trabalho.*” Em posição inovadora, a Constituição Federal de 1988 abarcou tanto o direito à sindicalização dos servidores públicos, no art. 37, VI²⁶², como assegurou o direito de greve a estes servidores, no art. 37, VII.²⁶³

Posteriormente, com o advento da Emenda Constitucional n.º 19/1998, o dispositivo retirou o requisito de lei complementar para a edição da norma apta a regulamentar o exercício do direito de greve, substituindo-o por “em lei específica”. Tal alteração refletiu na modificação do *quorum* para aprovação das deliberações legislativas sobre a matéria, que passou a ser de maioria simples, em detrimento da necessidade de aprovação por maioria absoluta, conforme exegese do arts. 47 e 69 do texto constitucional.^{264 265}

Na esteira da lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, cabe esclarecer que o citado dispositivo regulamenta apenas a greve dos servidores estatutários, “sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos”.²⁶⁶

²⁶² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical;

²⁶³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar;

²⁶⁴ Art. 47. Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros. (...)

Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

²⁶⁵ Aqui entra a discussão sobre a nova redação do art. 37, VII, do texto constitucional, modificado pela EC n.º 19/98, que fala em “lei específica”. Para alguns, como Carlos Henrique Bezerra Leite (*Op. cit.*) tal expressão seria sinônimo de lei ordinária, não havendo óbice à aplicação ao caso da Lei n.º 7.783/89, que tem natureza de lei ordinária. Tal posicionamento implica no reconhecimento de que diante da repartição de competências legislativas na Carta Magna caiba à União legislar sobre a matéria. Posição contrária é defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**. 16ªed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 460), para quem a expressão “lei específica” indica que cada ente político, na esfera da União, dos Estados e dos Municípios deverá editar regulamentação própria sobre a matéria.

²⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 434. A autora (*Op. cit.*, p. 431-436) divide a categoria dos agentes públicos em agentes políticos, servidores públicos, militares e particulares em

A greve dos servidores estatutários tem algumas características que a diferenciam da greve no âmbito da iniciativa privada. Como lembra Thereza Cristina Nahas, a partir do momento em que o direito de greve daquela categoria se encontra resguardado em um inciso do art. 37 da Constituição Federal, mister notar que “a negociação e o próprio instituto estão subordinados a todos os princípios da Administração Pública”.²⁶⁷

Outra característica peculiar é exposta por Luciana Soares Vidal Terra, no sentido de que a greve no âmbito do serviço público não causa prejuízo financeiro apenas ao empregador, como forma de coação para o atendimento das reivindicações, mas causa prejuízo para toda a sociedade.²⁶⁸ A autora, também, expõem outra diferença fundamental, ao indiciar que “as pretensões salariais, causa principal das greves, não poderiam ser atendidas diretamente pelo empregador, uma vez que o aumento salarial de servidores não decorre de simples ato do Estado, mas depende de previsão orçamentária e de aprovação legislativa”.²⁶⁹

Por este motivo, como lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o exercício do direito de greve poderá atuar apenas como pressão sobre o Poder Público, mas não pode levar à negociação coletiva, de modo que dificilmente poderão ser alteradas a remuneração ou qualquer direito dos servidores previamente definido em lei”.²⁷⁰

Paulo Roberto Lemgruber Ebert destaca que não se poderá exigir a prévia negociação antes da deflagração do movimento grevista, como faz o art. 3º da Lei n.º 7.883/89, ante “a inexistência de dispositivos de lei em sentido estrito a preverem

colaboração com o poder público. Dentro da categoria dos servidores públicos, aponta a existência dos: a) servidores estatutários, “sujeitos ao regime estatutário e ocupantes de cargos públicos”; b) empregados públicos, “contratados sob o regime da legislação trabalhista e ocupantes de emprego público”; c) servidores temporários, “contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição)” exercendo “função, sem estarem vinculados a cargo ou emprego público”. Deste modo, a categoria dos empregados públicos, que abrange os servidores das empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações privadas, estão submetidos à legislação trabalhista, por força do disposto no art. 173, §1º, II, da Constituição Federal, pelo que se submetem aos ditames da Lei n.º 7.783/89, que regula a greve dos trabalhadores da iniciativa privada. Vale lembrar, ainda, que por força do art. 142, II, da Carta Magna, é proibido o exercício do direito de greve pelos militares, categoria que inclui “os membros das Polícias Militares e Corpo de Bombeiros dos Estados, Distrito Federal e Territórios (art. 42) e os membros das Forças Armadas, ou seja, Marinha, Exército e Aeronáutica (art. 142).”

²⁶⁷ NAHAS, Thereza Christina. Considerações sobre a greve no serviço público. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo. v.3, n. 29, p. 15-22, maio 2008, p. 18.

²⁶⁸ Não parece razoável apontar como caráter diferenciador da greve no âmbito do serviço público o fato dela implicar prejuízos a toda coletividade, o que não ocorreria com movimentos grevistas dos trabalhadores da iniciativa privada. Na realidade, muitas vezes tais movimentos também causam intensos prejuízos à sociedade.

²⁶⁹ TERRA, Luciana Soares Vidal. *Op. cit.*, p. 10.

²⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 460-461.

expressamente a negociação coletiva no âmbito do serviço público”, posto que “não se faculta à Administração e às entidades de servidores estabelecerem acordos em sentido contrário às determinações legais”.²⁷¹²⁷²

Neste ponto, a negociação cabível incidiria apenas sobre o compromisso de enviar um projeto de lei, que pode ou não ser aprovado pelas Casas Legislativas.²⁷³ Aliás, quanto à remuneração dos servidores, normalmente principal reivindicação dos movimentos paredistas, a Súmula 679 do STF consigna que “A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva”.

Outra questão problemática envolve a compatibilização entre o exercício do direito de greve nestes casos com o direito a um serviço público²⁷⁴ fornecido de modo adequado e contínuo, exigência diametralmente ligada aos princípios da supremacia do interesse público e da continuidade do serviço público, pelos quais “entende-se que o serviço público, sendo a forma pela qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar”.²⁷⁵

²⁷¹ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber Ebert. *Op. cit.*, p. 85. O autor destaca (*Op. cit.*, p. 85-86), entretanto, que os grevistas deverão apresentar previamente a pauta reivindicatória à Administração, sob pena de abuso de direito de greve, até pelo movimento grevista decorrer de um impasse litigioso surgido durante a discussão em torno das reivindicações coletivas. Além disso, o autor ressalta a possibilidade de negociação quanto às matérias que constarão de eventuais projetos de lei a serem submetidos à análise do Poder Legislativo.

²⁷² Como aponta Florivaldo Dutra de Araújo (**A solução dos conflitos coletivos entre a Administração Pública e seus servidores**. Palestra proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, set. 2004. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/tvddireito/36/A-Solucao-dos-Conflitos-Coletivos-entre-a-Administracao-Publica-e-seus-Servidores/Florivaldo-Dutra-Araujo/>>. Acesso em 12/12/2011.) o entendimento pelo não cabimento da negociação coletiva no âmbito do serviço público decorreria da idéia de estar ele vinculado unilateralmente à administração, em decorrência do regime estatutário. Todavia, para o autor esta idéia do vínculo unilateral estaria em crise desde o final da segunda guerra mundial, entendendo que a relação entre o Estado e o servidor tem caráter contratual, o que possibilita a negociação coletiva.

²⁷³ NAHAS, Thereza Christina. *Op. cit.*, p. 21. O STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 492/DF (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 12/11/1992, DJ 12/03/1993) reconheceu que o regime estatutário é incompatível com a negociação coletiva.

²⁷⁴ Como aponta Emérson Gabardo (**O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal** – uma antítese do critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. 396f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 119-120) a doutrina jurídica apresenta forte dissenso quanto à conceituação do “serviço público”, tendo em conta que os sistemas jurídicos não trazem elementos suficientes para precisar o conceito, além da ontologia destes serviços variar de acordo com o modelo estatal instituído pelo ordenamento jurídico-político. Entretanto, o autor assevera que o serviço público nada mais é do que “uma atividade econômica em sentido estrito que teve seu regime jurídico alterado, mediante uma ação imperativa do Estado ao torná-lo típico. Como uma atividade econômica qualquer, submetia-se ao regime jurídico de Direito privado, caracterizado pela autonomia da vontade, capacidade universal, vinculação negativa ao Direito, disponibilidade de direitos e interesses e igualdade das partes. Diferentemente, como serviço público propriamente dito, será conduzido pelo regime jurídico de Direito público, cujos adjetivos fundamentais são, *mutatis mutandi*, a heteronomia, a capacidade por atribuição legal, a vinculação positiva ao Direito, a indisponibilidade de direitos e interesses e a desigualdade entre as partes.”

²⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 74.

Diante disso, surge a problemática de definir quais serviços públicos são essenciais ou não, ou ainda, se todos os serviços públicos devem ser reputados essenciais. Esta última opção, como assevera Paulo Roberto Lemgruber Ebert, pode acabar significando uma restrição demasiada ao exercício do direito de greve, o que para o autor afrontaria o princípio da proporcionalidade, que exigiria que as limitações legais em abstrato aos direitos fundamentais fossem adequadas, necessárias e não implicassem no sacrifício “desmesurado” de um bem em nome de outro.²⁷⁶

Talvez pelos diversos interesses em jogo, passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, o dispositivo constitucional ainda reste pendente de regulamentação.

Por este motivo, colocou-se a polêmica sobre ser o dispositivo do art. 37, VII, da Constituição Federal norma de eficácia limitada ou contida. No primeiro caso o direito de greve não poderia ser exercido até o advento da norma específica prevista no artigo, no segundo ele poderia ser exercido desde já, mas as limitações a seu exercício seriam estabelecidas em lei específica.

A par do intenso debate doutrinário sobre o assunto²⁷⁷, o Supremo Tribunal Federal, como será visto adiante, firmou jurisprudência no sentido de que tal norma seria de eficácia limitada.

No âmbito do Supremo Tribunal de Justiça, como lembra Danielle Damasceno Pinheiro²⁷⁸, houve durante muito tempo divergência jurisprudencial entre a 5ª e 6ª Turmas, com a primeira reconhecendo a norma do art. 37, VII, da Carta Magna como de eficácia limitada e a segunda reputando-a como norma de eficácia contida.²⁷⁹ Todavia, em julgados posteriores a 6ª Turma do Tribunal mudou

²⁷⁶ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O direito de greve dos servidores públicos após o julgamento dos mandados de injunção n.º 670, 708 e 712 pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: v.20, n.231, p. 83-100, setembro 2008, p. 95.

²⁷⁷ Entre os que defendem que o dispositivo constitucional é norma de eficácia limitada temos Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Op. cit.*, p. 459-460). Já entre os que defendem que tal norma é de eficácia contida temos José Afonso da Silva (*Comentário Contextual...*, p. 339) e Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de Direito Administrativo**. 27ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p.287).

²⁷⁸ PINHEIRO, Danielle Damasceno. O direito de greve dos servidores públicos e o entendimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, v.2, n.22, p.58-70, outubro 2007, p. 61-63.

²⁷⁹ Neste sentido, ver: BRASIL. STJ, 5ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 122.88/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/03/2002, DJ 08/04/2002; BRASIL. STJ. 6ª Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 15.662/PR, Rel. Min. Vicente Leal, j. 11/03/2003, DJ 07/04/2003; BRASIL. STJ, 6ª Turma, Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n.º 8.426/PR, Rel. Min. Vicente Leal, j. 05/03/1998, DJ 23/03/1998.

seu entendimento, passando a acompanhar as diretrizes perfilhadas pelo Supremo Tribunal Federal.²⁸⁰

Como aponta Luciana Cristine Lopes, diante da compreensão predominante nos Tribunais de que o dispositivo constitucional era norma de eficácia limitada “os Tribunais reconheciam a ilegalidade da greve realizada pelos servidores, mas, na ausência de norma infraconstitucional regulamentando a matéria, deixavam de aplicar punições aos servidores grevistas, como o desconto do salário dos dias de paralisação”.²⁸¹

Situação esta que conflitava com o previsto no art. 5, §1º, da Carta Magna, que prevê a aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, e com a própria realidade “já que habitualmente se verificava a realização de greve por servidores públicos”.²⁸²

Não obstante a persistência da omissão legislativa na matéria, desde 1995 tramitam no Congresso Nacional diversos projetos de lei que visam regulamentar o direito de greve dos servidores públicos, ainda que até o presente momento nenhum deles tenha sido submetido à votação plenária, talvez pelos interesses contrapostos que envolvem a questão.

O primeiro projeto de lei a tentar regulamentar a matéria foi o Projeto de Lei n.º 29/1995 que, após o advento da EC n.º 19/1998, foi substituído pelo Projeto de Lei n.º 4.497/2001, ambos de autoria da Deputada Rita Camata. A este projeto foram anexados outros oito projetos de lei, a maior parte deles partindo de uma adaptação da Lei n.º 7.783/89 aos movimentos paredistas no âmbito do serviço público.²⁸³ Atualmente, tais projetos aguardam a elaboração de parecer na

²⁸⁰ BRASIL. STJ, 6ª Turma, Recurso Especial n.º 643.012, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03/04/2007, DJ 07/05/2007. Diga-se, aliás, que tal entendimento era compartilhado pelo Tribunal Superior do Trabalho em relação aos empregados públicos, não obstante eles serem regidos pelos termos da legislação trabalhista, conforme já visto. Neste sentido, ver: BRASIL. TST, 3ª Turma, Recurso de Revista n.º 483786, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, j. 22/08/2001, DJ 14/09/2001; BRASIL. TST, SDC, Remessa Ex Officio e Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n.º 720236, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, j. 08/08/2002, DJ 04/10/2002.

²⁸¹ LOPES, Luciane Cristine. A greve dos servidores públicos: Nova abordagem Constitucional. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v.22, n. 253, p. 220-221, julho 2010.

²⁸² *Idem*.

²⁸³ Os projetos de lei apensados são os seguintes: a) PL n.º 5562/2001, do Dep. Aírton Cascavel (PPS/RR); b) PL n.º 6032/2002, de autoria do Poder Executivo Federal; c) PL n.º 6141/2002, da Deputada Iara Bernardi (SP); d) PL n.º 6668/2002, da Dep. Elcione Barbalho (PMDB/PA); e) PL n.º 6775/2002, de autoria da Comissão de Legislação Participativa; f) PL n.º 1850/2003, de autoria do então Dep. Eduardo Paes (PSDB/RJ) e que visa disciplinar o direito de greve dos servidores públicos apenas no âmbito federal; g) PL n.º 981/2007, apresentado pelo Dep. Régis de Oliveira (PSC/SP); h) PL n.º 3670/2008, de autoria da Comissão de Legislação Participativa e que visa regular o exercício

Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), conforme última movimentação disponível no site da Câmara dos Deputados, datada de 14/09/2011.²⁸⁴ Até pelo fato da matéria continuar em discussão, cabe destacar a seguir apenas os principais aspectos destes projetos.

Inicialmente, cabe ponderar que a maior parte dos projetos visa disciplinar o direito de greve no âmbito nacional, enquanto os Projetos de Lei n.º 1850/2003, de autoria do Dep. Eduardo Paes, e 3670/2008, advindo da Comissão de Legislação Participativa, visam disciplinar tal direito apenas na esfera federal.

De forma geral, os projetos de lei fixam o rol de serviços públicos essenciais, à exceção do Projeto de Lei n.º 6141/2002, da Dep. Iara Bernardi, que apenas impõe a prévia comunicação da greve nestes casos com cinco dias de antecedência (art. 9º, §2º), e do Projeto de Lei n.º 6032/2002, de autoria do Poder Executivo Federal. O rol definido, contudo, varia de projeto a projeto, podendo incluir os seguintes serviços: representação diplomática, exercício do poder de polícia; educação e saúde; tributação, orçamentos e finanças públicas; compensação bancária; telecomunicações; controle de tráfego aéreo; serviço de abastecimento de água, energia elétrica, gás e combustíveis; captação e tratamento de esgoto e lixo; distribuição de medicamentos, alimentos e merenda escolar; telecomunicações, serviços funerários; carceragem e segurança de estabelecimentos prisionais; processamento de dados ligados a serviços essenciais; serviços do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

Grande parte dos projetos demonstra preocupação com a manutenção de equipes de servidores para assegurar a prestação dos serviços essenciais e de interesse inadiável da comunidade, definindo que o percentual de servidores que se manterão em atividade durante a greve adviria de acordo entre as entidades representantes dos servidores e o Poder Público. As exceções são os Projetos de Lei n.º 3670/2008 (art. 9º), proposto pela Comissão de Legislação Participativa, e 981/2007 (art. 8º), de autoria do Dep. Régis de Oliveira, os quais impõem que no mínimo 1/3 dos servidores da categoria em greve deverão permanecer laborando para atender a tais necessidades, e o Projeto de Lei n.º 6032/2002 (arts. 7º e 9º,

do direito apenas no que tange aos servidores públicos da União. Todos eles estão disponíveis no site da Câmara dos Deputados: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 10/10/2011.

²⁸⁴Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=27779>>. Acesso em 10/10/2011.

§2º), de autoria do Poder Executivo, o qual prevê a manutenção do percentual mínimo de 50% dos servidores para garantir a continuidade de tais atividades, outorgando ao Poder Público a possibilidade de postular ao Poder Judiciário a fixação de percentual superior.

Além disso, a maior parte dos Projetos segue o entendimento de que os dias em greve serão contabilizados como de efetivo exercício, desde que compensados em cronograma fixado pelos servidores junto à Administração. As exceções são os Projetos de Lei n.º 3670/2008 (art. 7º) e 6775/2002 (art. 6º), que admitem o desconto em caso de abuso de direito de greve, e 6032/2002 (art. 3º), que permite ao Poder Público suspender antecipadamente, de ofício, a remuneração dos servidores, até que a greve seja declarada legal ou ilegal.

Os Projetos de Lei n.º 6141/2002 (arts. 6º e 7º) e 6668/2002 (art. 4º), de autoria da Dep. Elcione Barbalho, destacam-se pela previsão do uso da arbitragem para solucionar o conflito entre os servidores e o Poder Público, prevendo o primeiro deles a possibilidade de as partes constituírem uma “Comissão de Intermediação e Arbitragem”, formada por representantes da sociedade civil e que poderia ser constituída em cada esfera de Governo. O Projeto de Lei n.º 6775/2002 (art.14), proposto pela Comissão de Legislação Participativa, embora não se refira à arbitragem determina a criação de uma comissão semelhante, composta por representantes dos três poderes, servidores e sociedade civil, para intermediar o conflito.

Outros projetos, como os Projetos de Lei n.º 981/2007 (art. 4º) e 3670/2008 (art. 9º) enfatizam a existência de uma fase de conciliação prévia antes da deflagração da greve, sendo que o ultimo prevê a notificação do Poder Público para que responda às reivindicações no prazo de 30 dias, após o qual se realizaria nova assembléia para decidir sobre a deflagração do movimento.

Poucos projetos tratam da questão de competência para o julgamento dos dissídios de greve, como o Projeto de Lei n.º 6775/2002 (art. 7º), que estabelece a competência da Justiça do Trabalho para julgar o dissídio, e o Projeto de Lei n.º 981/2007 (art. 5º), o qual atribui a competência ao Presidente do Tribunal de Justiça no caso de greve municipal ou estadual e ao Presidente do Tribunal Regional Federal nos demais casos.

O conflito de interesses que envolve a regulamentação da matéria é visto mais claramente no Projeto de Lei n.º 6032/2002, de autoria do Poder Executivo, que além do exposto, permite ao Poder Público, diante da ameaça de deflagração da greve, ingressar em juízo pedindo a declaração de ilegalidade do movimento, ainda que liminarmente (art. 9º). Além disso, fixa que a deflagração do movimento será decidida em assembléia da entidade sindical onde compareceram pelo menos 2/3 dos servidores da categoria (art. 5º). Como aponta Luciana Soares Vidal Terra, parece haver um escopo deste projeto de lei em impedir o exercício do direito de greve.²⁸⁵

No Senado Federal tramitam os Projetos de Lei n.º 83 e 84²⁸⁶, ambos do ano de 2007, de autoria do Dep. Paulo Paim, visando à definição dos serviços essenciais com a finalidade de possibilitar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Nos termos do último substitutivo aprovado no dia 17/08/2011, na Comissão de Assuntos Sociais do Senado, chama atenção a previsão mais restrita de quais atividades são consideradas essenciais: serviços de urgência médica; distribuição de medicamentos de uso continuado pelo serviço único de saúde; atividades de necropsia, liberação de cadáver e exame de corpo de delito; atividades policiais relacionadas à segurança pública e penitenciária e perícias; serviços de controle de tráfego aéreo (art. 1º). O projeto prevê a continuidade de tais serviços na escala de plantão (art. 2º), frisando que as atividades não mencionadas na lei não serão consideradas essenciais ou inadiáveis (art. 10).

3.2 A MUDANÇA NO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

No que tange ao tratamento jurisprudencial oferecido pelo STF ao direito de greve dos servidores públicos estatutários cabe asseverar que houve uma brusca mudança de entendimento daquela Corte.

No Mandado de Injunção n.º 20/DF a Corte assentou que a norma do art. 37, VII, era norma de eficácia limitada, não gozando de auto-aplicabilidade, pelo que o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis dependeria da edição da lei complementar exigida pelo dispositivo constitucional. Assim, a Corte deu

²⁸⁵ TERRA, Luciana Soares Vidal. *Op. cit.*, p. 10.

²⁸⁶ Disponíveis em: < <http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em: 10/10/2011.

provimento ao mandado de injunção apenas para comunicar o Congresso Nacional da mora legislativa.²⁸⁷

Posteriormente, no Mandado de Injunção n.º 438-2/GO, a Corte repisou o entendimento anterior, aduzindo ainda que o mandado de injunção não poderia ser usado como sucedâneo do mandado de segurança, não tendo serventia para impugnar decisão judicial que tenha declarado a ilegalidade da greve, ou mesmo servir de via para que fosse reconhecida a legitimidade do movimento.²⁸⁸

Nota-se que as duas decisões acima são posteriores aos julgamentos dos Mandados de Injunção n.º 283/DF e 284/DF, nos quais aquela Corte já tinha se posicionado pela adoção de uma posição concretista acerca do objeto da decisão proferida em sede de mandado de injunção. Não obstante, em matéria de direito de greve dos servidores públicos estatutários, o STF continuou adotando a tese não concretista, como ocorreu nos Mandados de Injunção n.º 485/MT²⁸⁹, 585/TO²⁹⁰ e 631/MS²⁹¹, todos julgados no ano de 2002. Deste modo quanto ao direito de greve predominou no Supremo Tribunal Federal uma posição não concretista quanto à natureza do provimento em sede do mandado de injunção.²⁹²

Somente no ano de 2007, no julgamento conjunto dos Mandados de Injunção n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA, ao determinar a aplicação analógica da lei de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, Lei n.º 7.783/89, à greve dos servidores públicos estatutários, com eficácia *erga omnes*, o Tribunal mudou seu posicionamento quanto à matéria. E, como pontua Juliano Zaiden Benvindo, passou

²⁸⁷ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/1994, DJ 22/11/1996.

²⁸⁸ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 438/GO, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11/11/1994, DJ 16/06/1995.

²⁸⁹ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 485/MT, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 25/04/2002, DJ 23/08/2002

²⁹⁰ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 585/TO, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 15/05/2002, DJ 02/08/2002.

²⁹¹ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 631/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 15/05/2002, DJ 02/08/2002.

²⁹² Todavia, cabe atentar que desde o julgamento do MI n.º 20/DF, vários ministros expressaram posicionamentos contrários ao majoritário da Corte. Assim, no Mandado de Injunção n.º 20, o Min. Sepúlveda Pertence votou pelo não conhecimento do mandado de injunção, apontando que a norma do art. 37, VII, da Constituição não era de eficácia limitada, mas de eficácia contida; o Min. Marco Aurélio votou no mesmo sentido, mas demonstrou preferir a tese concretista individual quanto aos efeitos do mandado de injunção; o Ministro Carlos Velloso votou pela adoção da tese concretista individual direta, propondo uma solução normativa ao caso, com aplicação da Lei 7.783/89, que disciplina a greve dos trabalhadores na iniciativa privada. Já no MI n.º 485/MT, foram vencidos os Min. Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, que votaram pelo não conhecimento do mandado de injunção em razão de ser a norma do art. 37, VII, de eficácia contida. Nos MI n.º 585/TO e 631/MS, foram vencidos os Min. Carlos Velloso, que votou pela aplicação da Lei 7.783/89 ao caso, e Sepúlveda Pertence, que votou pelo não conhecimento do mandado de injunção, pelo mesmo motivo do voto no MI n.º 485/MT.

bruscamente “de uma resposta tímida ao potencial dessa ação mandamental” à “busca de definição de direitos para além do caso concreto”.²⁹³

3.3 O JULGAMENTO DOS MANDADOS DE INJUNÇÃO N.º 670/ES, 708/DF E 712/PA

Os mandados de injunção objeto do presente estudo de caso foram julgados, conjuntamente, em sessão do Supremo Tribunal Federal, no dia 25 de outubro de 2007. Constaram como impetrantes nos Mandados de Injunção n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA²⁹⁴, respectivamente, o Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo – SINDIPOL, o Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM, e o Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP.

Nos Mandados de Injunção n.º 708/DF e 712/PA foram vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. No Mandado de Injunção n.º 670/ES restaram vencidos, além destes, também o Ministro Maurício Corrêa, que votou pela procedência apenas para declarar a mora legislativa imputável ao Congresso Nacional.

Relator dos acórdãos proferidos pelo Tribunal nos Mandados de Injunção n.º 670/ES e 708/DF, o Ministro Gilmar Mendes, inicialmente, apontou a equiparação entre o instituto e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão realizada pela Corte no bojo da Questão de Ordem no Mandado de Injunção n.º 107/DF, inclusive no que tange aos efeitos *erga omnes* conferidos ao mandado de injunção.²⁹⁵

O Ministro seguiu traçando um perfil sobre a compreensão jurisprudencial do instituto no Supremo Tribunal Federal, inclusive no que tange ao direito de greve, para aduzir que se trataria de hipótese onde a “sistêmica conduta omissiva do Legislativo” reclamaria uma “solução diferenciada”, sob pena de restar configurada uma “omissão judicial”, motivo pelo qual sustentou a possibilidade de que a Corte desse uma “solução normativa” ao caso, proferindo uma “sentença aditiva” nos

²⁹³ BENVINDO, Juliano Zaiden. *Op. cit.*, p. 5.

²⁹⁴ BRASIL, STF, Tribunal Pleno, MI n.º 670/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 23/11/2007; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJE 23/11/2007.

²⁹⁵ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 4-9.

termos do direito italiano, já que o direito de greve incorporava “solução constitucionalmente obrigatória”, ou seja, o legislador não pode deixar de reconhecê-lo, cabendo-lhe apenas regulamentá-lo de modo mais ou menos restritivo.²⁹⁶

Por este motivo ele entendeu não estar defendendo a assunção de um papel de legislador positivo pelo STF, já que se estava diante de uma omissão excepcional, que já perdurava mais de 18 anos, sem que fosse concedido um tratamento legislativo apto a coordenar o exercício do direito com as balizas constitucionais, direito este que não poderia ficar subordinado a um juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo e nem submetido a uma “lei da selva”. Aduziu o ministro que diante deste quadro fático o Tribunal deveria reconhecer que seria possível “atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo”.²⁹⁷

Diante do que, propôs a aplicação analógica da Lei n.º 7.783/89, que disciplina o exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada, enquanto não fosse a questão regulamentada por lei específica, aduzindo que tal solução não fugiria do “critério da vontade hipotética do legislador”.²⁹⁸

Além disso, com base na idéia de que “o sistema constitucional não repudia a idéia de competências implícitas complementares, desde que necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes”, estabeleceu regras de competência para o julgamento dos dissídios de greve entre a Administração Pública e os servidores grevistas aplicando, analogicamente, as regras de competência da Lei n.º 7.701/88. O ministro fixou a competência do Superior Tribunal de Justiça para situações que envolvessem greves de âmbito nacional, ou que abranjam mais de uma região da Justiça Federal ou unidade da federação. Estabeleceu que no caso da controvérsia ter âmbito municipal ou estadual e envolver servidores públicos federais e se limitar a uma única região da Justiça Federal, a competência seria do respectivo Tribunal Regional Federal. Por fim, aduziu que caso o movimento grevista fosse deflagrado por servidores municipais ou estaduais, estando adstrito a uma unidade da federação, a competência seria do respectivo Tribunal de Justiça. Estabeleceu, ainda, que os órgãos competentes nestes termos decidiriam acerca do pagamento ou não dos dias de paralisação, bem como apreciariam medidas

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 29, 17 e 14 e 26-28.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 17 e 22.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 31.

cautelares.²⁹⁹ Por fim, fixou prazo de 60 dias para o Congresso Nacional legislasse sobre a matéria.³⁰⁰

O Ministro também enfocou a questão do conflito entre o direito de greve e os “imperativos da continuidade dos serviços públicos”, determinando a observância do disposto nos arts. 9 a 11 da Lei n.º 7.783/89³⁰¹ no que tange aos serviços essenciais, mas facultando que no caso concreto e mediante solicitação de órgão competente o juízo competente possa impor a observância de um regime de greve mais severo.³⁰²

O acórdão relatado pelo Min. Eros Grau no Mandado de Injunção n.º 712/PA, por sua vez, embora tenha seguido linha semelhante, frisou preocupação com a “coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura”³⁰³. O ministro defendeu que diante das diferenças entre a greve no âmbito privado e no serviço público não seria aplicável a Lei n.º 7.783/89.³⁰⁴

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 35-37.

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 37.

³⁰¹ Art. 9º Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento.

Parágrafo único. Não havendo acordo, é assegurado ao empregador, enquanto perdurar a greve, o direito de contratar diretamente os serviços necessários a que se refere este artigo.

Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
- IV – funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI compensação bancária.

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

³⁰² BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 37.

³⁰³ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJE 23/11/2007. Voto do Min. Eros Grau, p. 13.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 7 e 9.

Assim, buscando compatibilizar o exercício do direito de greve com os imperativos da continuidade do serviço público, ele criou a norma para o caso concreto aplicando-lhe o conjunto normativo disposto nos arts. 1º a 9º, 14, 15 e 17 da Lei n.º 7.783/89, com certas alterações aptas a compatibilizar os dispositivos normativos com o princípio da continuidade do serviço público.³⁰⁵ No entanto após expor seu voto, em meio à discussão no Plenário daquela Corte, o Ministro acabou por corroborar o posicionamento exposto no voto de Gilmar Mendes.³⁰⁶ O Min. Eros Grau também propôs a concessão de eficácia *erga omnes* à decisão, ressaltando que embora nestes casos o Poder Judiciário formule a norma aplicável a determinado caso, ela atua como novo texto normativo, que se incorpora ao ordenamento jurídico, para ser interpretado e aplicado, lançando mão de uma equiparação entre a ação injuncional e a o instituto da súmula vinculante.³⁰⁷ Por fim, pontuou que o STF não estaria exercendo função legislativa neste caso, mas sim normativa, para a qual seria autorizado pela Constituição Federal.³⁰⁸

3.4 ALGUNS ÓBICES À APLICAÇÃO ANALÓGICA DAS LEIS N.º 7.783/89 e 7.701/88 À GREVE NO ÂMBITO DO SERVIÇO PÚBLICO

Cabe tecer, neste ponto, algumas considerações sobre a aplicação analógica da lei que disciplina a greve dos trabalhadores da iniciativa privada no âmbito do serviço público, ainda que sem a pretensão de esgotar o assunto.

De modo mais geral, como lembra Thereza Christina Nahas, a greve no âmbito do serviço público deverá respeitar os “outros princípios e normas constitucionais de mesma grandeza”, bem como “o mínimo de funcionamento deve

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 22-25. Na retificação de seu voto, constante na p. 447 do acórdão digitalizado, o Min. Eros Grau resume as alterações que fez na Lei n.º 7.783/89: “apenas a paralisação parcial do trabalho é facultada; durante a greve serão necessariamente mantidas em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação do serviço público; o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público é inadmissível, consubstanciando abuso de direito de greve.” Além disso, o Ministro fixou a necessidade de comunicação da deflagração do movimento paredista com antecedência de 72 horas, em oposição às 48 horas originalmente previstas na lei.

³⁰⁶ BRASIL, STF, Tribunal Pleno, MI n.º 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJ 23/11/2007. Sessão de Julgamento realizada no dia 07/06/2006, p. 16.

³⁰⁷ BRASIL, STF, Tribunal Pleno, MI n.º 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJ 23/11/2007. Voto do Min. Eros Grau, p. 13-14 e 16-17.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 17.

ser preservado pelos grevistas a ponto de manter o atendimento da população garantindo a dignidade humana e os demais princípios fundamentais”.³⁰⁹

Como já visto, primeiramente há o problema da negociação das condições de trabalho no âmbito do serviço público, bem como da exigência de prévia negociação como condição para a deflagração do movimento paredista, exigida pelo art. 3º da Lei n.º 7.783/89.

Outro ponto bastante discutido é a aplicação da suspensão do contrato de trabalho, prevista no art. 7º da Lei n.º 7.783/89, às paralisações no âmbito do serviço público, com a correspondente supressão da remuneração.

Paulo Roberto Lemgruber Ebert defende a não aplicabilidade do instituto à greve no serviço público, por tal situação funcional não ser prevista expressamente na legislação que rege as relações dos servidores estatutários com a Administração Pública, destacando que “o regime jurídico dos servidores públicos não prevê os descontos remuneratórios referentes aos dias não trabalhados como consequência automática e imediata da deflagração do movimento grevista.” Diante do que refuta a leitura feita pelo Decreto n.º 1.480/1995³¹⁰, expedido pela União Federal, o qual aplica as situações previstas no art. 44 e 117, I, da Lei n.º 8.112/90³¹¹ aos servidores em greve. O autor assevera que tais situações não são equiparáveis, pois as faltas no caso de greve ocorrem para exercício de direito assegurado pela Constituição.³¹²

Daniele Damasceno Pinheiro se coadunando com entendimento jurisprudencial do STF e STJ, inclusive nos mandados de injunção alvos do presente estudo, defende que a única pena que pode ser aplicada ao servidor grevista, na

³⁰⁹ NAHAS, Thereza Christina. *Op. cit.*, p. 20.

³¹⁰ Tal decreto: prevê que as faltas dos servidores públicos grevistas não serão objeto de abono, compensação e nem servirão para contagem de tempo de serviço, impondo à chefia imediata dos servidores grevistas o dever de comunicar ao órgão de pessoal a relação de servidores faltantes em decorrência da greve (art. 1º); impõe a exoneração imediata dos servidores ocupantes de cargo em comissão ou de funções gratificadas que estiverem em greve (art. 2º); determina à Administração que, em ação de indenização pela interrupção dos serviços públicos prestados pela Administração Pública Federal, denuncie à lide servidores que tenha concorrido com dano (art. 3º).

³¹¹ Art. 44. O servidor perderá:

I - a remuneração do dia em que faltar ao serviço, sem motivo justificado;

II - a parcela de remuneração diária, proporcional aos atrasos, ausências justificadas, ressalvadas as concessões de que trata o art. 97, e saídas antecipadas, salvo na hipótese de compensação de horário, até o mês subsequente ao da ocorrência, a ser estabelecida pela chefia imediata.

Parágrafo único. As faltas justificadas decorrentes de caso fortuito ou de força maior poderão ser compensadas a critério da chefia imediata, sendo assim consideradas como efetivo exercício.

Art. 117. Ao servidor é proibido:

I - ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato;

³¹² EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *Op. cit.*, p. 88-90.

existência de abuso do direito de greve, é justamente o desconto pelos dias não trabalhados.³¹³

Quanto à competência para julgamento, Paulo Ebert aponta que a aplicação analógica da Lei n.º 7.701/88 pelo STF esbarra no fato desta lei prever a existência de órgãos especializados nos Tribunais para apreciação dos dissídios coletivos de greve, havendo necessidade de que os órgãos competentes atribuam o julgamento a órgãos especializados.³¹⁴

Ainda, discorrendo sobre a polêmica envolvendo o direito de greve e a garantia de prestação dos serviços públicos pelo Estado, o autor destaca que o caráter essencial da atividade deveria ser aferido no caso concreto, aproximando-se do posicionamento do Supremo Tribunal Federal nos Mandado de Injunção n.º 670/ES e 708/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, nos quais embora a Corte tenha determinado a aplicação analógica dos art. 9 a 11 da Lei n.º 7.783/89, facultou-se ao juiz competente a possibilidade de impor regime mais gravoso, em atendimento às circunstâncias do caso. Todavia, far-se-ia necessária também a fixação de certos critérios para se aferir a essencialidade do serviço, como aponta Paulo Roberto Ebert, para impedir a atuação discricionária do juiz.³¹⁵

3.5 ATIVISMO JUDICIAL? UMA LEITURA DA DECISÃO SOB O VIÉS PROCEDIMENTALISTA, MINIMALISTA E SUBSTANTIVISTA

Na esteira dos ensinamentos de Jonh Hart Ely³¹⁶ o Tribunal excedeu os limites de sua atuação, já que realizou uma escolha política substantiva. Além disso, ao criar uma regulamentação geral e abstrata, oponível à toda a comunidade, extrapolou o papel da jurisdição constitucional para aquele autor, o qual teria por escopo possibilitar a participação de todos os interessados na tomada de decisões que envolvam valores substantivos pelo Poder Legislativo.

³¹³ PINHEIRO, Danielle Damasceno. *Op. cit.*, p. 65.

³¹⁴ EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. *Op. cit.*, p. 92. O autor aponta que na Medida Cautelar n.º 14101/DF (STJ, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 28/05/2008, DJ 16/06/2008) o STJ fixou entendimento de que as ações envolvendo o direito de greve dos servidores públicos caberiam à Terceira Seção daquele Tribunal, a qual por força do regimento interno julga causas referentes a servidores públicos.

³¹⁵ *Ibidem*, p. 93-96.

³¹⁶ ELY, Jonh Hart. *Op. cit.*, p. 133 e 137.

Neste sentido, também seria possível falar que o Tribunal excedeu os limites impostos à sua atuação com base nos argumentos trazidos por Roberto Gargarella³¹⁷, para quem o papel primordial a ser desempenhado pelos Tribunais seria assegurar as condições do debate democrático. Igualmente, no cotejo com os posicionamentos teóricos trazidos por Marcelo Cattoni de Oliveira³¹⁸, nota-se que a realização do direito fundamental de greve neste caso ultrapassou o escopo de possibilitar o acesso do grupo aos canais de negociação.

Ora, a partir do momento em que a Corte Suprema opta por estender os efeitos da decisão, ela toma a decisão política fundamental, ao invés de contribuir para o debate democrático sobre a matéria, possibilitando a participação do grupo interessado no processo.³¹⁹

Tampouco a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso pode ser tomada como minimalista, na linha dos ensinamentos de Cass Sunstein³²⁰. O autor, assim como Jonh Hart Ely, defende que a jurisdição constitucional deveria abster-se de tomar posição em controvérsias sociais, abrindo espaço para que os cidadãos e seus representantes tomem tais decisões. Ademais, embora o autor reconheça a existência de um núcleo de direitos que poderia justificar uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário em sua defesa, como o direito à liberdade de expressão, o qual constitui uma das faces do direito de greve, enfatiza que os juízes decidam um caso por vez, respeitando os precedentes, algo não demonstrado no caso sob análise, já que a Corte modificou bruscamente seu entendimento quanto à efetividade do direito de greve.

Aparentemente a tomada de uma decisão política substantiva pela Corte no caso não se adéqua aos argumentos teóricos trazidos pelo procedimentalismo e pelo minimalismo, mas aqui cabe uma ressalva. Como leciona Sérgio Moro, é inviável tentar afastar o juiz constitucional de questões constitucionais substantivas.³²¹

³¹⁷ GARGARELLA, Roberto. *Op. cit.*, p. 158-165.

³¹⁸ CATTONI de OLIVEIRA, Marcelo. *Op. cit.*, p. 137 e 154.

³¹⁹ Neste sentido, talvez uma decisão como a preconizada pelo Min. Ricardo Lewandowski nos mandados de injunção citados, a qual reconhece a inefetividade que a Corte vinha concedendo ao direito de greve, mas que fixa as condições de exercício deste direito no caso concreto, reconhecendo-o como direito fundamental, contribuiria para o intenso debate legislativo que existe sobre a matéria, podendo ser tomada como referencial no processo de deliberação legislativa, sem que, contudo, o Supremo Tribunal Federal tomasse a decisão política fundamental.

³²⁰ SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.*, p. 27-30, 50 e 252.

³²¹ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 171.

No que tange especificamente ao mandado de injunção, não há como deixar-se de entender que a tal garantia deva ser compreendida à luz do princípio da “prevalência da Constituição Federal e do princípio do controle mútuo entre os poderes”³²², que demandam o comprometimento de todos os poderes do Estado em sua realização, ainda mais quando estão em jogo direitos fundamentais, já que como aponta Daniel Hachem, “eles incidem diretamente sobre o Estado, gerando um dever de proteção ao legislador, ao administrador e ao juiz; sobre o magistrado recai também o dever de proteger os direitos fundamentais, prestando tutela àqueles que não forem protegidos pelo legislador ou pelo administrador.”³²³

Ou seja, o mandado de injunção deve ser lido como “um caso diferenciado e excepcional para as atribuições do juiz”, uma “hipótese de sanção (consequência jurídica)”, imposta diante da omissão do poder competente em expedir a norma regulamentadora, permitindo ao Poder Judiciário que ele crie, supletivamente, no caso concreto a norma regulamentadora individual.³²⁴

Com intuito de fixar as regras para o caso concreto, será necessário ao juiz, muitas vezes, exercer um juízo de moralidade política substantivo, tomando posição em determinadas controvérsias sociais, ainda mais tendo em vista ordenamentos constitucionais como o brasileiro, que trazem um rol amplo de direitos fundamentais, que vai além das proteções procedimentais. Nesta senda, não tem como o juiz eivar-se de fazer escolhas substantivas nestes casos, mas elas são limitadas pelo que Mauro Cappelletti chama de virtudes passivas da jurisdição³²⁵, ou seja, a atividade desenvolve-se num processo de partes. Tal limitação impede que a decisão alastre-se sobre a esfera política, invadindo espaço de atuação dos poderes democraticamente eleitos, e conduzindo a questionamentos acerca de uma atuação pretensamente ativista da Corte.

³²² PIOVESAN, Flávia Cristina. *Op. cit.*, p. 152.

³²³ HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica..., p. 154.

³²⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *Op. cit.*, p. 116/123. Este ponto, aliás, foi uma das principais preocupações de alguns ministros durante o julgamento dos mandados de injunção referidos, tendo suscitados diversos debates. Os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, vencidos nos referidos casos, pugnaram pela concessão de eficácia *inter-partes* à decisão. Mesmo os Min. Cézar Peluso e Carmen Lúcia, que acompanharam o entendimento exposto no voto do Min. Gilmar Mendes, ressaltaram que em seu entendimento o mandado de injunção teria efeitos restritos ao caso concreto. BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 712/PA, Voto da Min. Carmen Lúcia, p. 10; BRASIL, STF, Tribunal Pleno, MI n.º 670/ES, Voto do Min. Cézar Peluso, p. 5; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Voto do Min. Ricardo Lewandowski, p. 12; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Voto do Min. Marco Aurélio, p. 2; BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 14.

³²⁵ CAPPELETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 68, 75-76, 87, 100.

Assim, sem dúvida o ponto mais preponderante para observar se ocorreu ou não um ativismo judicial por parte do Supremo Tribunal Federal neste caso reside na atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão, ainda mais por ser o mandado de injunção uma garantia constitucional ligada ao controle difuso de constitucionalidade e não abstrato.³²⁶ Como lembra Juliano Zaiden Benvindo, se a Corte tivesse dado provimento aos mandados de injunção apenas fixando os parâmetros para o exercício do direito de greve no caso concreto, situação na qual a eficácia não seria *inter-partes*, mas *ultra-partes*, para alcançar toda a categoria representada pelos sindicatos nos mandados de injunção coletivos, restaria afastada a polêmica discussão sobre os limites da atuação da jurisdição constitucional e sua atuação política.

Se ao invés de ter entendido que o mandado de injunção gera efeito *erga omnes*, mas apenas efeitos para o caso concreto em exame, tornar-se-ia muito mais simples justificar a construção da norma particularizada para as circunstâncias do caso. O conflito entre a política e o direito seria mitigado pela perspectiva de que é próprio da jurisdição examinar minuciosamente as particularidades do caso concreto, sua especificidade e, a partir desse exame, decidir. (...) o juiz estaria simplesmente garantindo direitos já previamente previstos no texto constitucional, regulamentando a matéria apenas para dar eficácia ao que ao que (*sic*) determina o §1º do art. 5º da Constituição Federal.³²⁷

³²⁶ A questão sobre a concessão de eficácia *erga omnes* em sede de controle difuso de constitucionalidade foi discutida também nos autos da Reclamação n.º 4335 (BRASIL. STF, Decisão Monocrática, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 21/08/2006, DJ 25/08/2006). Em apertada síntese, a reclamação foi interposta em face da decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco/AC, que indeferiu pedido de progressão de regime de dez condenados que cumpriam pena de reclusão em regime fechado, em decorrência da prática de crimes hediondos. O impetrante requereu ao juízo que concedesse o pedido com base na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n.º 82.959, no qual a Corte apontou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/1990, que proibiu a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. O juízo indeferiu o pedido tendo em vista que a decisão da Corte foi proferida em sede de controle difuso, no qual as decisões tem eficácia *inter partes*. O impetrante recorreu ao Tribunal de Justiça do Acre, que confirmou o teor da decisão de primeira instância, alegando que para esta decisão vir a ter eficácia contra todos seria necessária a comunicação da Corte Suprema ao Senado Federal, que a seu critério, poderia determinar a suspensão no todo ou em parte de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal (art. 52, X, da CF). O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de relatoria do Min. Gilmar Mendes, após ressaltar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal no habeas corpus referido não afastou o exercício por parte do magistrado de primeira instância no sentido de avaliar, caso a caso, o preenchimento dos demais requisitos necessários ao ingresso do sentenciado em regime penal menos gravoso (art. 66, III, b da Lei n.º 7.210/84), entendeu que por a matéria envolver o direito de ir e vir, estava presente a possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício, ante o atendimento dos requisitos do art. 647 do CPP, pelo que determinou a concessão de medida liminar, de ofício para afastar a vedação legal à progressão de regime, até o julgamento final da reclamação, possibilitando aos juízes de primeira instância que decidam sobre a progressão de regime mesmo em face de condenados por crimes hediondos.

³²⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. *Op. cit.*, p. 13.

Neste caso, essa tensão é agravada diante da existência de intenso debate legislativo sobre a questão e pelo próprio método decisional utilizado pelo Tribunal, que ensejou a aplicação analógica da lei de greve da iniciativa privada com certos temperamentos o que, nas palavras do Min. Sepúlveda Pertence, não deixa de configurar uma “forma abreviada de legislar”.³²⁸ Aliás, contrária à opção política expressa pelo legislador no art. 16 daquela lei, no sentido de que: “Para os fins previstos no art. 37, inciso VII, da Constituição, lei complementar definirá os termos e limites em que o direito de greve poderá ser exercido”, e à própria disciplina constitucional específica, que busca diferenciar as duas hipóteses.

A tomada de uma decisão política substantiva pelo Tribunal, em princípio, seria compatível com uma concepção substancialista do texto constitucional, na linha dos ensinamentos teóricos de Ronald Dworkin. Entretanto, mesmo com base na concepção dworkiniana sobre a atuação da jurisdição constitucional, poder-se ia dizer que o STF excedeu os limites impostos à sua atuação.

Embora o julgado não tenha descurado do direito fundamental de greve, a extensão dos efeitos da decisão, ponto que se questiona, não teve como fundamento argumentos de princípio político, mas sim argumentos de política pública, que na concepção de Ronald Dworkin, partidária de um Estado Democrático de Direito “centrado nos direitos”, deveriam restar restritos às decisões tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo.³²⁹

Não se quer dizer com isto que a decisão não tenha levado em conta a realização do direito fundamental de greve, um direito de cunho fundamental. De fato, como visto, a decisão resultou numa quebra brusca do entendimento do Tribunal acerca da matéria do direito de greve dos servidores públicos estatutários, e sem dúvida alguma concedeu maior efetividade a tal direito fundamental. Todavia, o reconhecimento de uma maior efetividade à garantia constitucional do mandado de

³²⁸ BRASIL, STF. Tribunal Pleno, MI nº 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJ 23/11/2007. Audiência do dia 07/06/2006, p. 14.

³²⁹ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio, p. 6, 7 e 16. No mesmo sentido é o entendimento exposto por José Joaquim Gomes Canotilho em entrevista recente (Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-23/entrevista-gomes-canotilho-constitucionalista-portugues>>. Acesso em 07/11/2011). O constitucionalista português, comentando sobre o papel dos magistrados na resolução de questões que envolvam políticas públicas, assenta que o Poder Judiciário “precisa enxergar o seu papel nessa questão”, podendo participar da discussão, mas em caráter complementar, nunca como protagonista. Finaliza o autor que “pedir ao Judiciário que exerça alguma função de ordem econômica, cultural, social, e assim por diante, é pedir ao órgão que exerça uma função para a qual não está funcionalmente adequado”.

injunção e ao direito fundamental de greve dos servidores públicos estatutários não demandava a extensão *erga omnes* dos efeitos da decisão. O papel do mandado de injunção no nosso ordenamento jurídico, no sentido de garantir efetividade aos direitos constitucionais (sobretudo fundamentais) obstaculizados pela ausência de norma regulamentadora, restaria resguardado com a prolação de uma decisão que reconhecesse o caráter fundamental do direito de greve, e ditasse os contornos de seu exercício ao impetrante, tendo em vista o caso concreto, e com eficácia *inter partes*.³³⁰

Neste sentido é que se diz que o provimento jurisdicional no caso excedeu o necessário à efetivação de tal direito fundamental, cabendo ressaltar-se que na concepção dworkiniana, o papel do Poder Judiciário é justamente garantir estes direitos em face da maioria política. Como aponta o autor, em decorrência do fato de que “os juízes não são eleitos nem reeleitos” e que suas decisões são “imunes ao controle popular”, eles “não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular”.³³¹

Ora, a atuação do Supremo Tribunal neste caso, ao conceder eficácia *erga omnes* a uma decisão proferida em sede de mandado de injunção, ação atinente ao controle difuso de constitucionalidade, acabou por expandir o repertório legal. Não se pode alegar que tal atuação não expandiu o repertório com base na provisoriedade do provimento judicial, vigente até o advento da norma regulamentadora elaborada pelo órgão competente, uma vez que como lembra Ronald Dworkin nem sempre é possível supor que o Parlamento poderá revogar as decisões judiciais, seja porque “o tempo legislativo é um recurso escasso”, seja por “ver-se incapacitado de modificar uma decisão judicial por razões políticas práticas, pois qualquer modificação enfureceria alguma parcela influente da comunidade ou afastaria algumas partes de uma coalização governante”.³³²

Como aduz Vanice Regina Lírio do Valle, o caso comportou uma atuação tipicamente pragmatista por parte do STF³³³, ou até mesmo utilitarista, como aponta

³³⁰ Como aponta Luís Roberto Barroso (Judicialização, Ativismo Judicial..., p. 18), a Corte tem que ter consciência do seu papel de guarda da Constituição, mas deve desempenhar a tarefa tendo por base o texto constitucional, somente podendo agir “dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico.”

³³¹ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio, p. 18.

³³² Ibidem, p. 17.

³³³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 131.

Juliano Zaiden Benvindo ³³⁴, tendo sido proferida num contexto muito específico, pouco tempo após a greve dos controladores de voo³³⁵, deflagrada em 30 de março de 2007, movimento grevista que gerou a reabertura da discussão acerca da regulamentação de tal direito no âmbito do serviço público, além de ter trazido inúmeros prejuízos à comunidade.

Ou seja, a atuação do STF não se pautou por uma releitura do instituto do mandado de injunção como um todo, e tampouco colocou em posição preponderante o caráter fundamental do direito de greve, mas decorreu de circunstâncias ligadas a uma situação específica. No caso é possível enxergar uma espécie de “ativismo jurisdicional”, no sentido apontado por José Ribas Vieira³³⁶, tendo por objetivo precípuo não a concretização de direitos, mas o alargamento da competência institucional do Tribunal, voltado ao interesse de auto-legitimação do Supremo Tribunal Federal para decidir questão de cunho social que enseja tanta disputa na sociedade. Senão, vejamos.

O pragmatismo da decisão é ressaltado quando se observa que a questão sobre um posicionamento ativista ou voltado ao “*self restraint*” do Tribunal foi alvo de discussões no julgamento dos mandados, em que se frisou o caráter excepcional da omissão ali tratada. Neste sentido, Gilmar Mendes destacou que a solução normativa que ele propôs partia da “premissa de esse caso específico configurar uma situação singular”, em decorrência de “uma situação peculiar em que havia uma recalcitrância histórica”, aduzindo que não se tratava “de o Tribunal romper com a doutrina de *self-restraint*”.³³⁷ Em outro trecho, o Ministro destacou que o entendimento por ele perfilhado não visava fazer uma revisão *in genere* da orientação da Corte quanto ao mandado de injunção, sendo estabelecido para aquela situação concreta, no sentido de que aquela decisão não deveria gerar o entendimento de que “*a priori*, a partir da verificação de uma omissão, deva o Tribunal imiscuir-se, na esfera legislativa, e desde logo produzir normas”.³³⁸

³³⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. *Op. cit.*, p. 10.

³³⁵ TERRA NOTÍCIAS. **Controladores de voo entram em greve no País**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI1518559EI306,00-Controladores+de+voo+entram+em+greve+no+Pais.html>>. Acesso em 17/10/2011.

³³⁶ VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional..., p. 78.

³³⁷ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 670/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto da Min. Carmen Lúcia, p. 9.

³³⁸ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 670/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Explicação proferida pelo Min. Gilmar Mendes em sessão no dia 12/04/2007, p. 5.

O Ministro Gilmar Mendes enfatizou que os termos de seu voto foram elaborados tendo em vista a especificidade daquela omissão, que já perdurava dezoito anos, e com o viés de que o Tribunal resolvesse um problema de cunho social, já que a omissão vinha resultando na inoperância da situação fática, pois ao passo que os representantes governamentais entendiam que a regulamentação poderia “criar” o direito de greve dos servidores públicos, a representação dos servidores não via “com bons olhos” a regulamentação da matéria, com receio de uma limitação excessiva no exercício deste direito.³³⁹

Outra prova do escopo pragmatista da decisão e da intenção do Tribunal em chamar para si a incumbência de resolver aquele problema comunitário, decorreu justamente da excepcionalidade na concessão de efeitos *erga omnes* à decisão proferida nestes mandados de injunção, já que em decisões posteriores, como as proferidas nos Mandados de Injunção n.º 758/DF, 795/DF e 808/DF³⁴⁰, que tratavam do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, previsto no art. 40, §4º, do texto constitucional, a Corte retornou a entendimento anterior, conferindo eficácia *inter-partes* à garantia constitucional. Algo que, como visto, entra em contradição com um dos fundamentos do voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes, qual seja, a equiparação entre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção, já que em seu voto o Ministro assevera que “o Tribunal parte da idéia de que o constituinte pretendeu atribuir aos processos de controle da omissão idênticas conseqüências jurídicas”.³⁴¹ Aliás, como denota Julianio Zaiden Benvindo, esta última assertiva revela quase uma espécie de originalismo na posição seguida pelo STF, pois é difícil aferir em que medida teria sido este o objetivo do legislador constituinte.³⁴²

³³⁹ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 16-22.

³⁴⁰ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 758/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/07/2008, DJ 26/09/2008; BRASIL, STF, Tribunal Pleno, MI n.º 795/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 15/04/2009, DJ 22/05/2009; BRASIL, STF, Tribunal Pleno, MI n.º 808/DF, Rel. Min. Carlos Britto, j. 15/04/2009, DJ 08/05/2009.

³⁴¹ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 8.

³⁴² Aliás, poder-se-ia inferir algo diametralmente oposto analisando-se os trabalhos da Constituinte. Como aponta Carlos Augusto Alcântara Machado (*Op. cit.*, p. 46) antes mesmo da abertura dos trabalhos da constituinte, a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, quando da apresentação do anteprojeto de Constituição, propôs no seu art. 10, §1º, uma medida destinada a solucionar o problema das omissões inconstitucionais, com a seguinte redação: “Na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-la, o Juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional. No seio da constituinte, destacou-se a proposta de criação do mandado de injunção

O caráter pragmático da decisão analisada também se destaca a partir do momento que o STF evocou o conceito aberto de “competências implícitas complementares, (...) necessárias para colmatar lacunas constitucionais evidentes”³⁴³, com base no acesso à justiça garantido pelo art. 5º, XXXV, e 93, IX, do texto constitucional, para justificar a aplicação analógica da Lei n.º 7.701/88 na senda procedimental. Ora, tal construção teve por claro objetivo evitar que o Tribunal tivesse que se manifestar novamente sobre a matéria em outros casos de mandado de injunção, ou nas palavras do Ministro Gilmar Mendes serviu para evitar “que a Corte se pronunciasse sucessivamente e passasse a editar de forma *on-line* novas leis de greve”.³⁴⁴

Diga-se que tal construção foi alvo de crítica do Min. Ricardo Lewandowski, que embora tenha fixado regra de competência baseada na Lei n.º 7.701/88, o fez apenas para aquele caso concreto, apontando que “a competência emerge naturalmente do ordenamento legal”³⁴⁵ e ressaltando que não seria adequado fixar

pelo constituinte Ruy Bacelar (BRASIL. **Diário do Congresso Nacional** (Seção II), Terça-feira 07/04/1987, p. 391. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/PQ_Edit.asp?Periodo=2&Ano=1987&Livro=2&Tipo=9&Pagina=391>. Acesso em 12/10/2011.) que estabeleceu sua criação para que o cidadão pudesse “compelir o Poder Público ao cumprimento de seus direitos”, nos seguintes termos: “Os direitos conferidos por esta Constituição e que dependem de lei ou das providências do Estado serão assegurados por ‘mandado de injunção’, no caso de omissão do Poder Público”. Já o anteprojeto da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional (BRASIL. Assembléia Nacional Constituinte, **Anteprojeto da Comissão de Sistematização**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-219.pdf>>. Acesso em 12/10/2011.) é confuso na conceituação do instituto, não permitindo chegar-se à conclusão de se ele serviria apenas para obtenção de um provimento judicial no caso concreto ou se serviria à elaboração de uma norma regulamentadora geral e abstrata, ainda que provisória. Assim, o art. 32, §2º, do título III do anteprojeto, intitulado “Das Garantias Constitucionais”, após estatuir que as normas definidoras de direitos, liberdades e prerrogativas teriam eficácia imediata, abre possibilidade de que na falta de leis, decretos ou atos complementares necessários a tal eficácia, o Poder Judiciário suprisse a lacuna. O art. 33, por sua vez, arrolava entre os instrumentos para garantir a “inviolabilidade absoluta dos direitos e liberdades da pessoa e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania do povo e à cidadania”, em seu inciso IV, o mandado de injunção, conceituado no art. 37 do anteprojeto, em redação semelhante a do atual dispositivo do art. 5º, LXXI, da Carta Magna. Todavia, o §3º do art. 32, aduzia que “os suprimentos normativos deduzidos em última instância na forma do parágrafo anterior terão vigência de lei até que o órgão competente os revogue por substituição”. Na verdade, ante o prevalecimento da atuação redação, como aponta José Maria Othon Sidou (*Op. cit.*, p. 270), acabou-se transformando o mandado de injunção num “remédio que não vem acompanhado da respectiva bula”.

³⁴³ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto do Min. Gilmar Mendes, p. 35.

³⁴⁴ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto da Min. Carmen Lúcia, p. 5-6.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 9.

tais regras com eficácia *erga omnes*, como propôs o Ministro Gilmar Mendes, até em decorrência de cada caso poder vir a exigir uma regulamentação específica.³⁴⁶

Ora, tal inovação pode ser questionada do ponto de vista de que a partir da combinação entre o art. 5º, LXXI, e o art. 102, I, q do texto constitucional (que fixa a competência originária do Supremo Tribunal Federal para julgar mandados de injunção quando a norma regulamentadora for de atribuição do Congresso Nacional) poder-se-ia dizer que o modelo proposto pelo texto constitucional seria de que o STF fixasse as condições para o exercício do direito de greve no caso concreto, atendendo ao interesse específico dos impetrantes, pelo menos enquanto perdurasse a omissão legislativa. Ainda, se fosse o caso de dotar a decisão de eficácia *erga omnes*, haveria possibilidade de se terem estabelecidos mecanismos que não violassem a competência constitucionalmente fixada do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria.³⁴⁷

Por todo o exposto, é possível inferir da extensão dos efeitos da decisão preocupações de natureza política, bem como uma preocupação com um contexto social específico e com a economia, eficiência e celeridade processual, todos argumentos concernentes à esfera das chamadas políticas públicas, já que ligados ao que seria “melhor para a comunidade do futuro”, numa lógica consequencialista, atada ao “bem comum”³⁴⁸. Por este motivo, mesmo diante da posição substancialista de Dworkin poder-se-ia dizer que o Tribunal excedeu os limites impostos à sua atuação, já que na opinião do autor decisões sobre políticas públicas deveriam ficar adstritas aos órgãos democraticamente eleitos. Além disso, como visto, o autor aponta que os magistrados devem evitar tomar decisões que repercutam em mudanças no repertório legal, já que não há garantia de que suas decisões serão alvo de pronunciamento do Poder Legislativo.

³⁴⁶ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 670/ES, Rel. Min. Maurício Corrêa, Rel. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto do Min. Ricardo Lewandowski, p. 13. Tal questão é colocada, ainda, pela Min. Carmen Lúcia, no voto proferido na mesma decisão, quando ela aponta entender “que uma greve de professores primários apresenta diferenças enormes em relação à greve de controladores de voo.”

³⁴⁷ Tal preocupação foi demonstrada pelo Ministro Eros Grau, que antes de aderir aos termos do voto proferido por Gilmar Mendes no Mandado de Injunção n.º 712, preconizou um modelo pelo qual a regulamentação do direito de greve, embora com eficácia *erga omnes*, só seria estendida à situações análogas por meio de despacho monocrático do relator, em respeito à regra de competência instituída no art. 102, I, q, da Constituição Federal. (BRASIL, STF, BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJE 23/11/2007. Audiência de julgamento no dia 07/06/2006, p. 4).

³⁴⁸ As expressões são de Vera Karam de Chueiri (*Op. cit.*, p. 55).

Atente-se, ainda, que diante do fato de as peculiaridades do caso concreto poderem exigir uma regulamentação específica, a regulamentação do direito de greve com eficácia *erga omnes*, pode significar uma negação da integridade proposta por Dworkin, no sentido de tratar todos com igual consideração e respeito, posto que pode impor um regime de greve pactuado no caso concreto a outras situações, que com ela podem guardar certas discrepâncias.

Deixando de lado estas questões atinentes à atuação da Corte em matéria de políticas públicas, como definida por Ronald Dworkin, uma outra série de questionamentos emanam da decisão.

Na esteira do apontado por Eduardo García de Enterría³⁴⁹, para quem a jurisdição constitucional pode levar em conta o contexto político para tomada de suas decisões, mas deve decidir com base no direito e fundamentar a decisão em princípios que transcendam o caso, além do caráter pragmático da atuação do Supremo Tribunal Federal ser por si só criticável, observa-se um *déficit* de fundamentação na decisão, o que conduz ao questionamento, sobretudo no que tange à extensão *erga omnes* dos efeitos da decisão, de se o Tribunal no caso superou a “reserva de consistência” aludida por Sérgio Fernando Moro, rememorando, ainda, que para o autor haveria a necessidade de que ao decidir casos envolvendo matéria política o Poder Judiciário procurasse solução conforme o direito.³⁵⁰

Como visto, é trepidante estender os efeitos da decisão com base em equiparações do mandado de injunção com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou com o instituto da súmula vinculante, sem demonstrar exaustivamente os motivos delas.³⁵¹

Na verdade, o que se nota é que a Corte procedeu praticamente a uma “natural extensão *erga omnes* dos efeitos do mandado de injunção”, sem a devida fundamentação. Juliano Zaiden Benvindo, aliás, aponta que “a idéia de que, em certas situações no âmbito do sistema concreto de constitucionalidade, é plenamente justificável lhe estender algumas premissas que foram criadas, mesmo

³⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 180-184 e 234-236.

³⁵⁰ MORO, Sérgio Fernando. *Op. cit.*, p. 204-205 e 224.

³⁵¹ Neste sentido, convém atentar para os ensinamentos de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (*Op. cit.*, p. 148-149), alertando que “decisões arbitrárias desestabilizam tanto um sistema político organizado constitucionalmente quanto um Direito que necessita do aparato estatal para garantir expectativas generalizadas de comportamento (a certeza nas relações)”.

sob fortes divergências, para o sistema abstrato” tem se tornado um discurso comum naquele Tribunal.³⁵²

Outro ponto criticável no julgamento do caso é justamente o fato de que a decisão foi tomada isoladamente pelos onze ministros do Supremo Tribunal, apesar de envolver um direito que intenta muitas controvérsias quanto a seus limites e compatibilização com a prestação do serviço público, ensejando posicionamentos discrepantes entre as partes envolvidas, notadamente o Poder Público e a representação dos servidores. Neste sentido, o Tribunal impôs isoladamente a sua decisão, modificando o repertório legal, ainda que provisoriamente, sem a oitiva dos setores interessados, a qual poderia ser realizada com uso de mecanismos aptos a fomentar a participação popular, como a convocação de audiências públicas ou o *amicus curiae*.

Ponto questionável da decisão, ainda, foi a aplicação analógica da Lei n.º 7.783/89, que disciplina a greve da iniciativa privada ao âmbito da greve dos servidores públicos civis. Como apontou o Min. Ricardo Lewandowski em voto vencido proferido no Mandado de Injunção n.º 708/DF, o uso da analogia como instrumento de integração depende da existência de semelhanças relevantes entre a greve dos servidores estatutários e a dos trabalhadores da iniciativa privada.³⁵³

Como apontou o Min. Joaquim Barbosa, em seu voto proferido no Mandado de Injunção n.º 708/DF, a aplicação analógica pode abrir, até mesmo, um precedente para que o Congresso Nacional edite uma lei tão só determinando a aplicação da Lei n.º 7.783/89 aos casos envolvendo servidores públicos, algo que contrariaria “toda a extensa e minudente regulação constitucional sobre o funcionamento do serviço público.” Deste modo, poderia haver o risco de que ao

³⁵² BENVINDO, Luciane Zaiden. *Op. cit.*, p. 14-16. Nesta senda, Luciane Cristine Lopes (*Op. cit.*, p. 221) aponta que “o Supremo Tribunal Federal analisou a questão e inovou o entendimento da Corte Superior sobre os efeitos das decisões proferidas em sede de mandado de injunção, surgindo a teoria da *abstrativização do controle concreto de constitucionalidade*.”

³⁵³ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto do Min. Ricardo Lewandowski. p. 8-9. Em seu voto, o Min. aponta que diversos dispositivos da Lei de Greve, como o art. 8º, que fixa a competência da Justiça do Trabalho, e o art. 10, que traz o rol *numerus clausus* de serviços essenciais, não seriam aplicáveis à greve no serviço público. Assim, o Ministro aponta que tal aplicação analógica poderia representar um “avanço indevido do Judiciário em seara atribuída a outro Poder, não havendo o que diferenciasses tal decisão de uma típica função legislativa.” Adepto de uma concepção concretista individual direta acerca dos efeitos do mandado de injunção, ele profere voto no sentido de fixar os princípios e regras aplicáveis ao caso, defendendo ainda o cômputo dos dias de greve como de efetivo exercício, inclusive para fins de pagamento, mediante compensação, posição diametralmente oposta à dominante (*Ibidem*, p. 10-17).

suprir excepcionalmente a omissão legislativa, essa disciplina tornar-se regra³⁵⁴. Algo de grande relevância já que o Supremo Tribunal Federal acabou concedendo eficácia *erga omnes* à decisão, ainda que esta tenha caráter provisório, perdurando até o advento da norma regulamentadora elaborada pelo ente competente.³⁵⁵

Neste liame, o que se defende é que o Tribunal não deveria ter concedido eficácia *erga omnes* à decisão, mas não que aquela Corte deveria ter adotado uma posição não concretista acerca do mandado de injunção. Em suma, o que se sustenta aqui é que, como assevera Daniel Wunder Hachem, no que tange ao direito de greve dos servidores públicos estatutários haveria possibilidade jurídica para a cisão dos efeitos do acórdão “aos representados pela entidade coletiva”³⁵⁶, algo que respeitaria a auto-aplicabilidade do direito fundamental de greve, demonstraria respeito ao texto constitucional, sem adentrar no espaço de atuação dos poderes democraticamente eleitos, evitando o fechamento do espaço de discussão democrática e a imposição da interpretação da Corte Suprema sobre a destes poderes. Além disso, não desnaturaria o próprio instituto do mandado de injunção, tornando-o meio efetivo para conferir efetividade aos direitos fundamentais obstaculizados pela omissão do órgão competente, sem dissociá-lo de sua característica de servir ao controle difuso de constitucionalidade.

Não se nega que restringir a efetivação do direito fundamental de greve ao caso concreto possa suscitar discussões quanto à efetivação do princípio da isonomia, consagrado no art. 5º, caput, do texto constitucional, ou levantar questões atinentes ao acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, XXXV, da Carta Magna³⁵⁷, e ainda quanto ao princípio da eficiência. Contudo, elas não parecem suficientes para se afastar o entendimento exposto.

³⁵⁴ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 6.

³⁵⁵ O argumento de que não haveria ingerência na esfera de outro poder em decorrência da Corte ter procedido a uma regulamentação provisória, válida até o advento da norma regulamentadora elaborada pelo ente competente, não tem serventia, uma vez que, como lembra Ronald Dworkin (Uma questão de princípio, p. 17-18) nem sempre é possível supor que o Parlamento poderá revogar as decisões judiciais, seja porque “o tempo legislativo é um recurso escasso”, seja por “ver-se incapacitado de modificar uma decisão judicial por razões políticas práticas, pois qualquer modificação enfureceria alguma parcela influente da comunidade ou afastaria algumas partes de uma coalização governante”.

³⁵⁶ HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica..., p. 157.

³⁵⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A exigência da isonomia pode ser resolvida no âmbito interno do próprio Tribunal, por uma atuação minimamente coerente dos magistrados, na linha da integridade sugerida por Ronald Dworkin, sem a necessidade de vincular automaticamente partes externas à relação processual. Bastaria que a Corte adotasse o julgado como uma espécie de precedente, e decidisse, fundamentadamente, os casos concretos com base nos contornos aventados, adequando-os à situação concreta.

Não se nega, também, os problemas de acesso à Justiça em um país como o Brasil, onde boa parte da população não goza de condições mínimas de vida e a representação judicial se revela custosa para a grande maioria da população, ainda mais se falando na mais alta Corte do País que, como visto, em diversas situações tem competência originária para julgar o mandado de injunção. Entretanto, se é verdade que tal problema existe, também o é que isto não justifica a desnaturação do mandado de injunção e a imposição de uma interpretação construída pelo Supremo Tribunal Federal tendo em vista um caso específico aos demais casos, que com ele podem guardar discrepâncias. Para atenuar o problema, o ideal seria que o Poder Legislativo, ciente da omissão inconstitucional em que incide, procedesse, urgentemente, à regulamentação deste direito, estipulando desde já as condições para seu exercício imediato, diminuindo a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário para garantir sua efetivação.

No que tange ao princípio da eficiência vale colher a lição de Juliano Zaiden Benvindo no sentido de não se poder justificar esta extensão de efeitos do mandado de injunção com base no argumento da eficiência, pois isso seria considerar “o valor ‘eficiência’ mais relevante do que direitos historicamente consagrados e defensáveis judicialmente”. Aliás, como assevera o autor, o argumento da eficiência mostra-se falho por exemplos como a atuação da Suprema Corte Norte-Americana revelarem que “sistemas de justiça podem, sim, ser eficientes também com foco em situações particulares e funcionar adequadamente na defesa de direitos constitucionais”.³⁵⁸

Além disso, como bem apontou o Min. Joaquim Barbosa, a constatação prática de que negar efeito *erga omnes* à decisão faria com que a Corte tivesse que repetir o julgamento apenas para afirmar novamente o já decidido em outras sessões, não “parece suficiente para alterar a natureza do mandado de injunção,

³⁵⁸ BENVINDO. Juliano Zaiden. *Op. cit.*, p. 17-18.

que é via vinculada ao interesse”³⁵⁹, ainda mais nestes casos que podem envolver a fixação de parâmetros específicos para o exercício do direito, à luz do caso concreto.

Cabe ressaltar, assim, que o mandado de injunção não deve ser utilizado para o processo de “desnaturação do controle concreto de constitucionalidade” e para “a concentração do debate constitucional no STF”, pois embora a Corte seja instituição fundamental no processo de consolidação da democracia, como lembra Juliano Zaiden Benvindo, não é “a única e tampouco a mais racional”.³⁶⁰

No presente caso, o Supremo Tribunal Federal acabou tomando uma decisão política fundamental sobre uma questão tão controversa no meio jurídico e social, retirando-a das mãos dos órgãos democraticamente eleitos, estes sim submetidos ao controle popular democrático. A atuação da Corte evidencia um processo de transferência desta decisão política custosa pelos poderes eleitos democraticamente ao Poder Judiciário³⁶¹, poder não submetido a controles de natureza democrática, o que é possível aferir com a abrupta diminuição do interesse, sobretudo do Poder Executivo, em propor projetos de lei para regulamentar a matéria, bem como o abrandamento da discussão no Congresso Nacional, como será visto a seguir.

Por derradeiro, afiguram-se pertinentes as ponderações feitas pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento dos acórdãos, aduzindo que o mandado de injunção não deve ser encarado como um “mecanismo de desespero” para suprimir a “patológica omissão legislativa”, mas deve servir apenas para “que os servidores organizados em movimento demonstrem à exaustão, perante as instâncias apropriadas, que exercem direito garantido e limitado pela Constituição”.³⁶²

3.6 AS REPERCUSSÕES DA DECISÃO

O imbróglio da regulamentação do direito de greve continua no Congresso Nacional. No presente momento, o Projeto de Lei n.º 4497/01 e seus apensos encontram-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania aguardando

³⁵⁹ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 14.

³⁶⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. *Op. cit.*, p. 20.

³⁶¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Op. cit.*, p. 35.

³⁶² BRASIL. STF, Tribunal Pleno, MI n.º 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008. Voto do Min. Joaquim Barbosa, p. 10.

manifestação do Relator, Dep. Ricardo Berzoini. Em sua passagem pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público daquela Casa foram apresentados substitutivos aos projetos de lei, englobando interesses distintos. No dia 07/05/2008, foi aprovado o parecer do relator do projeto de lei naquela Comissão, Dep. Nelson Marquezelli. O relator cedeu, em relação à proposta original, no que tange ao pagamento dos servidores em greve, após apresentação de proposta do Dep. Tarcísio Zimmerman, desistindo da posição original de considerar os dias não trabalhados em caso de greve como falta injustificada. O substitutivo aprovado admite que a questão seja resolvida mediante negociação entre as partes. Contudo, restam no projeto algumas disposições que poderiam inviabilizar o exercício do direito de greve em certas categorias, tal como a imposição à entidade sindical ou comissão de negociação de que pelos menos 45% dos servidores da categoria permaneçam em atividade para garantir a execução dos serviços e atividades essenciais, cabendo ao dirigente máximo do órgão ou entidade definir, sem necessidade de acordo com a entidade sindical, os serviços que deverão observar tal percentual.

É possível dizer que no âmbito das Casas Legislativas não foram apresentados outros projetos de lei após a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal³⁶³, passados até o momento, cerca de cinco anos da decisão. Poder-se-ia apontar que, embora a discussão sobre o tema não tenha cessado completamente, diminuiu-se o ritmo de propositura de projetos de lei sobre a matéria, já que entre os anos de 2001 e 2007, foram propostos nove projetos de lei na Câmara dos Deputados que visavam à regulamentação do direito de greve dos servidores públicos estatutários.

Como já mencionado, a decisão proferida pelo STF nos casos em análise teve por bojo um momento político muito específico, que envolvia a greve dos controladores de voo. À época causou polêmica entre as centrais sindicais um projeto de lei enviado pela Advocacia Geral da União à Casa Civil que tinha por objetivo regulamentar o direito de greve, o qual foi considerado deveras proibitivo, por listar cerca de trinta serviços essenciais e exigir a manutenção de 40% dos

³⁶³ Neste sentido, cabe ressaltar que o Projeto de Lei n.º 3670/2008 decorreu da Sugestão n.º 8/2007, anterior à decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

servidores em atividade durante o período de greve. Todavia, não há notícia de que tal proposta tenha efetivamente chegado ao Congresso Nacional.³⁶⁴

Isto porque, como aponta a matéria do Jornal Folha de São Paulo intitulada “Governo avalia que STF acabou com 90% das greves do funcionalismo”, datada de 27 de outubro de 2007, a decisão acabou com a pressa do Poder Executivo em tentar regulamentar a matéria, diante da rigidez que o regramento da Lei n.º 7.783/89 impôs aos movimentos paredistas no âmbito do serviço público, inclusive permitindo o corte de ponto.³⁶⁵

Desde então, pouco se avançou em temas como a definição dos serviços essenciais e a possibilidade de negociação coletiva, muito embora, em 08 de abril de 2010, o Brasil tenha promulgado a Convenção n.º 151 da Organização Internacional do Trabalho, a qual se aplica aos servidores da esfera pública, e tem entre seus corolários a instauração de processo de negociação entre a Administração e as organizações representativas dos trabalhadores da função pública.³⁶⁶

Obviamente, os movimentos paredistas no setor público continuam a ocorrer, mais de modo geral pode-se dizer que tribunais como o Superior Tribunal de Justiça³⁶⁷ vêm afirmando sua competência para julgamento dos dissídios coletivos de greve, nos termos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

³⁶⁴ REPÓRTER BRASIL. **Para sindicalistas, projeto do governo ameaça direito de greve.** Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1062>>. Acesso em 17/10/2011.

³⁶⁵ FOLHA ONLINE. **Governo avalia que STF acabou com 90% das greves do funcionalismo.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u340315.shtml>>. Acesso em 17/10/2011.

³⁶⁶ SINDIFISCO NACIONAL. **Congresso promulga Convenção 151 da OIT.** Disponível em: <http://www.sindifisconacional.org.br/index.php?Op.tion=com_content&view=article&id=7048:Negocia%C3%A7%C3%A3o%20coletiva&catid=44:sindifisco-noticias&Itemid=72&lang=pt>. Acesso em 17/10/2011.

³⁶⁷ BRASIL. STJ, 1º Seção, Petição n.º 7783/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. para o acórdão Min. Eliana Calmon, j. 12/05/2010, DJ 21/06/2010; BRASIL. STJ, 3ª Seção, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 12/05/2010, DJ 16/02/2011; BRASIL, STJ, Petição n.º 7784/DF, 1ª Seção, Min. Hamilton Carvalhido, j. 22/09/2010, DJ 07/02/2011. Trecho da ementa do último acórdão citado: “A partir do julgamento do Mandado de Injunção nº 708/DF pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir, originariamente, os dissídios coletivos de declaração sobre a paralisação do trabalho decorrente de greve pelos servidores públicos civis e as respectivas medidas cautelares quando em âmbito nacional ou abranger mais de uma unidade da federação, aplicando-se a Lei nº 7.783/89 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis, nos termos do inciso VII do artigo 37 da Constituição Federal.2. Tal competência, não fosse já qualquer decisão, em regra, primariamente declaratória, compreende a declaração sobre a paralisação do trabalho decorrente de greve, o direito ao pagamento dos vencimentos nos dias de paralisação, bem como sobre as medidas cautelares eventualmente incidentes relacionadas ao percentual mínimo de servidores públicos que devem continuar trabalhando, os interditos possessórios para a desocupação de dependências dos órgãos públicos

Todavia, seja em decorrência da insuficiência do modelo normativo da Lei n.º 7.783/89 para disciplinar a greve no âmbito do serviço público, seja em decorrência de várias questões terem sido deixadas em aberto pelo Supremo Tribunal Federal, tais como as concernentes ao pagamento de salário relativo aos dias parados e à possibilidade de que o juízo competente imponha regime mais severo para a prestação dos serviços essenciais do que o constante na lei de greve da iniciativa privada, as discussões continuam existindo.

Nesta senda, é possível observar que o Supremo Tribunal Federal continua sendo chamado a se manifestar sobre a matéria, sobretudo pela via da reclamação, instrumento utilizado para questionamento de provimento jurisdicional que não guarda consonância com as diretrizes expedidas pelo Supremo Tribunal Federal. Poder-se-ia dizer, assim, que se antes o problema era a omissão legislativa sobre a matéria, o problema atual são as interpretações diversas dadas pelos Tribunais.³⁶⁸

Entretanto, mesmo novos mandados de injunção sobre o tema continuam a ser julgados pela Corte, ainda que de forma monocrática.³⁶⁹

eventualmente tomados por grevistas e as demais medidas cautelares que apresentem conexão direta com o dissídio coletivo de greve.”

³⁶⁸ BRASIL. STF, Tribunal Pleno, Reclamação n.º 6568/SP, Rel. Min. Eros Grau, j. 21/05/2009, DJE 25/09/2009; BRASIL. STF, Decisão Monocrática, Reclamação n.º 5798/DF, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 23/08/2011, DJ 26/08/2011; BRASIL. STF, Decisão Monocrática, Medida Cautelar na Reclamação n.º 12629/MG, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 22/09/2011, DJE 28/09/2011. Na segunda decisão citada, por exemplo, tratava-se reclamação interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra Acórdão do Juiz Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal que declarou ilegal a greve após solicitação da União. O reclamante alegou que o movimento grevista seguiu os procedimentos previstos na Lei 7.783/89 e que a declaração de ilegalidade da greve era contrária às decisões proferidas pelo STF nos MI n.º 670, 708 e 712. No mérito, o relator do processo aduziu que o juízo tinha seguido os ditames fincados pelo Tribunal e negou seguimento à reclamação.

³⁶⁹ BRASIL. STF, Decisão Monocrática, MI n.º 3315/DF, Rel. Min. Carmen Lúcia, J. 24/09/2010, DJE 05/10/2010; BRASIL. STF, Decisão Monocrática, MI n.º 3057/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/08/2010, DJE 06/09/2010; BRASIL. STF, Decisão Monocrática, MI n.º 4135/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31/08/2011, DJE 06/09/2011. A primeira decisão citada, por exemplo, tratava-se de mandado de injunção impetrado pelo Sindicato dos Oficiais de Justiça Avaliadores do Estado do Ceará, tendo como impetrado o Presidente da República, apontando a omissão legislativa sobre o tema do direito de greve dos servidores públicos e pugnando pela aplicação do entendimento proferidos pela Corte nos MI n.º 670, 708 e 712. A ministra relatora negou seguimento ao mandado de injunção, alegando não ser este via adequada, uma vez que o direito de greve não se encontrava obstaculizado, sendo exercido desde abril de 2010. Alegou não poder dar provimento ao pedido com base numa presunção de que o Tribunal de Justiça do Ceará, órgão competente no caso, vá descumprir os parâmetros fixados pela Corte Suprema na decisão dos MI n.º 670, 708 e 712.

CONCLUSÃO

A presente monografia buscou fazer uma leitura do mandado de injunção e de suas relações com o tema dos limites da atuação jurisdicional, elegendo para tanto um caso concreto que foi responsável por uma mudança paradigmática na compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca da citada garantia constitucional.

No primeiro capítulo abordaram-se os delineamentos básicos do mandado de injunção, destacando-o como garantia destinada a assegurar a eficácia dos direitos constitucionais em sentido amplo, obstaculizados pela ausência de norma regulamentadora, entendida como toda medida apta a tornar efetiva uma norma constitucional, desde que de cunho regulamentar. Posteriormente, dissecaram-se aspectos procedimentais do instituto, bem como a evolução na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Expôs-se, ainda, a controvérsia doutrinária sobre a questão, representada pelo embate entre as posições não concretistas e concretistas, destacando-se ainda as variações desta última, que diferem quanto à eficácia da coisa julgada em mandado de injunção. Por derradeiro, destacou-se as diretrizes básicas do Projeto de Lei n.º 6.218/2009, do Dep. Flávio Dino, que visa regulamentar o instituto.

No segundo capítulo, com intuito de contribuir à análise sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal nos mandados de injunção sob análise, foi trazida a discussão sobre os limites da atividade jurisdicional, abordando os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, destacando-se, também, as condições que favoreceram a ocorrência destes fenômenos com ênfase no contexto brasileiro. Com o escopo de precisar o que poderia ser encarado como uma atuação ativista dos tribunais expôs-se a intensa discussão doutrinária entre as correntes substancialistas, procedimentalistas e minimalistas, no que tange aos limites da atividade jurisdicional, no contexto das tensões entre constitucionalismo e democracia.

Chegou-se à conclusão de que nenhuma destas teorias fornece uma resposta correta acerca dos limites impostos à atividade jurisdicional, enfatizando-se que atribuir à jurisdição constitucional a última palavra na interpretação do texto constitucional é uma opção política e sugerindo medidas aptas a diminuir as tensões

e conferir maior legitimidade às decisões tomadas pelo Poder Judiciário, bem como ressaltando que é ativismo judicial não é por si só condenável, desde que exercido dentro dos limites dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento jurídico, e em prol da democracia.

Por derradeiro, no terceiro capítulo fez-se um estudo de caso sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção n.º 670/ES, 708/DF e 712/PA, concernentes ao direito de greve dos servidores públicos, com objetivo de contextualizar os posicionamentos teóricos trazidos nos capítulos anteriores. Inicialmente foram feitos apontamentos sobre o direito de greve no serviço público, tecendo algumas colocações sobre as dificuldades para compatibilizar o exercício do direito com o imperativo da continuidade dos serviços públicos, bem como sobre os diversos projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado Federal que visam regulamentar a matéria.

Destacou-se, ainda, a interpretação do Supremo Tribunal Federal acerca do direito de greve dos servidores estatutários anteriormente ao julgamento dos mandados de injunção citados, passando-se à fixação das balizas principais da decisão da Corte nos caso sob análise.

Após tecer algumas breves considerações sobre as eventuais dificuldades criadas pela aplicação analógica da Lei n.º 7.783/89 aos movimentos paredistas do serviço público, passou-se a análise da decisão tendo em vista as concepções expostas no segundo capítulo, no sentido de se averiguar se o Tribunal excedeu os limites à sua atuação, ou seja, se tal decisão configurou um ativismo judicial.

Como aventado, ao dar provimento ao mandado de injunção, fixando as condições para o exercício do direito de greve pelos impetrantes, aquela Corte expediu um provimento de caráter substantivo, realizando um juízo político substantivo, algo que parece se opor aos ideais do procedimentalismo e do minimalismo.

Todavia, como demonstrado, o mandado de injunção deve ser entendido à luz do princípio da prevalência da Constituição Federal e do controle mútuo entre os poderes, como um caso excepcional para as atribuições do juiz, o que pode gerar a necessidade de que os magistrados façam um juízo de moralidade política substantivo para criar a regulamentação concreta. Contudo, isto não implicará na

invasão do espaço de atuação dos poderes democraticamente eleitos, uma vez que o juiz proferirá sua decisão limitado a um caso concreto.

Deste modo, o ponto chave que levanta questionamentos no caso sob análise está na atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão, ainda mais diante da aplicação analógica da Lei n.º 7.783/89, que disciplina o direito de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, já que ambas as hipóteses são distintas.

Neste passo demonstrou-se que a decisão proferida pela Corte teve caráter pragmático, não tendo por base principal o caráter fundamental do direito de greve, nem propondo uma releitura quanto à eficácia das decisões proferidas em mandado de injunção, mas envolvendo um interesse de auto-legitimação do Tribunal para resolver uma questão social específica, além de ter demonstrado preocupação com a economia, eficiência e celeridade processual. Nesta senda destacou-se, assim, que a jurisdição constitucional também parece ter excedido o seu espaço de atuação na concepção de Ronald Dworkin, já que tomou decisão com base em argumentos de política pública.

Apontou-se, ainda, que houve um déficit de fundamentação na decisão, quanto à extensão de seus efeitos, além de ter se pretendido criar uma regulamentação geral e abstrata sem a participação dos setores interessados.

Conclui-se, tendo em vista os diversos posicionamentos doutrinários acerca do mandado de injunção e dos limites impostos à atividade jurisdicional, levando em conta as reflexões advindas do estudo de caso, que a Corte Suprema deveria ter limitado a eficácia da decisão aos membros da categoria representada pelos sindicatos impetrantes, *ultra-partes*, situação na qual garantiria a realização do direito fundamental de greve e o respeito pelo texto constitucional, sem adentrar no espaço de atuação dos poderes democraticamente eleitos.

Além disto, tal posicionamento evitaria a configuração de um processo de transferência de uma decisão política controversa para a Corte Suprema, cujos ministros não estão submetidos a controles de natureza democrática, e a imposição da interpretação do Tribunal sobre a dos poderes democraticamente eleitos, ainda mais tendo em vista que após a decisão proferida houve uma diminuição no interesse do Poder Executivo em regulamentar a matéria, bem como abrandou-se a discussão legislativa no Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **A solução dos conflitos coletivos entre a Administração Pública e seus servidores**. Palestra proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, set. 2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/tvdireito/36/A-Solucao-dos-ConflitosColetivos-entre-a-Administracao-Publica-e-seus-Servidores/Florivaldo-Dutra-Araujo/>>. Acesso em 12/12/2011.

ARRIMADA, Lucas. ***Derecho Constitucional, Moral Institucional y Política Democrática: sobre frenos, puentes y motores en la democracia deliberativa***. Disponível em: <<http://cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/arrimada.pdf>>. Acesso em 22/10/2011.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. Apontamentos sobre o Processo das Ações Coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; Nolasco, Rita Dias (coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 28-64.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **A Legitimidade Democrática da Jurisdição Constitucional na Realização dos Direitos Fundamentais Sociais**. 184f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Social) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/12350666701742181901.pdf>>. Acesso em 08/08/2011.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22ªed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **Mandado de Injunção em Perigo**: os riscos da abstração de seus efeitos no contexto do ativismo judicial brasileiro. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/download/597/400>>. Acesso em: 30/09/2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Política**: uma relação difícil. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n61/a02n61.pdf>>. Acesso em: 17/08/2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. STF, Decisão Monocrática, **Mandado de Injunção n.º 3057/DF**, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 31/08/2010, DJE 06/09/2010.

BRASIL. STF, Decisão Monocrática, **Mandado de Injunção n.º 3315/DF**, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 24/09/2010, DJE 05/10/2010.

BRASIL. STF, Decisão Monocrática, **Mandado de Injunção n.º 4135/DF**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 31/08/2011, DJE 06/09/2011.

BRASIL. STF, Decisão Monocrática, **Medida Cautelar na Reclamação n.º 11660/RS**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09/09/2011, DJ 13/09/2011.

BRASIL. STF, Decisão Monocrática, **Medida Cautelar na Reclamação n.º 12629/MG**, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 22/09/2011, DJE 28/09/2011.

BRASIL. STF, Decisão Monocrática, **Reclamação n.º 5798/DF**, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 23/08/2011, DJ 26/08/2011.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Ação Cautelar no Agravo Regimental n.º 124-2**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/09/2004, DJ 04/10/2004.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 492/DF**, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 12/11/1992, DJ 12/03/1993.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 20/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 19/05/1994, DJ 22/11/1996.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 60-3/DF**, Rel. Min. Marcos Aurélio, j. 12/09/1990, DJ 27/09/1990.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 81-6**, j. 02/08/1990, DJ 31.08.1990.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 107-DF**, Rel. Min. Moreira Alves, j. 31/10/1990, DJ 02/08/1991.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 152-9/DF**, Rel. Min. Célio Borja, j. 21.03.1990, DJ 19.04.1990.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 211/DF**, Rel. Min. Octavio Galotti, j. 10/11/1993, DJ 18/08/1995.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 232/RJ**, Rel. Min. Moreira Alves, j. 02/08/1991, DJ 27/03/1992.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 257-6/DF**, j. 10/11/1993, DJ 22/11/1993.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 283/DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 20/03/1991, DJ 14/11/1991.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 284/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. para Acórdão: Min. Celso de Mello, j. 22/11/1991, DJ 26/06/1992.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 292/DF**, Rel. Min. Octavio Galotti, j. 05/09/1991, DJ 11/10/1991.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 361/RJ**, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 08/04/1994, DJ 17/06/1994.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 438/GO**, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 11/11/1994, DJ 16/06/1995.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 485/MT**, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 25/04/2002, DJ 23/08/2002.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 543/DF**, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. 26/10/2000, DJ 24/05/2002.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 562/RS**, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 20/02/2003, DJ 20/06/2003.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 584/SP**, Rel. Min. Moreira Alves, j. 29/11/2001, DJ 17/12/2001.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 585/TO**, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 15/05/2002, DJ 02/08/2002.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 626/SP**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 14/03/2001, DJ 18/06/2001.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 628-8/RJ**, j. 19/08/2002, DJ 26/08/2002.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 631/MS**, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 15/05/2002, DJ 02/08/2002.

BRASIL, STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 670/ES**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Rel. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 23/11/2007.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 708/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25/10/2007, DJE 31/10/2008.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 712/PA**, Rel. Min. Eros Grau, j. 25/10/2007, DJE 23/11/2007.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 715/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, j. 15/06/2005, DJ 22/06/2005.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 721/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 30/08/2007, DJ 30/11/2007.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 758/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/07/2008, DJ 26/09/2008.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 788/DF**, Rel. Min. Carlos Britto, j. 15/04/2009, DJ 08/05/2009.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Mandado de Injunção n.º 795/DF**, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 15/04/2009, DJ 22/05/2009.

BRASIL. STF, Tribunal Pleno, **Reclamação n.º 6568/SP**, Rel. Min. Eros Grau, j. 21/05/2009, DJE 25/09/2009.

BRASIL. STJ, 1º Seção, **Petição n.º 7783/DF**, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Rel. para o acórdão Min. Eliana Calmon, j. 12/05/2010, DJ 21/06/2010.

BRASIL. STJ, 1ª Seção, **Petição n.º 7784/DF**, Min. Hamilton Carvalhido, j. 22/09/2010, DJ 07/02/2011.

BRASIL. STJ, 5ª Turma, **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 122.88/RJ**, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 13/03/2002, DJ 08/04/2002.

BRASIL. STJ, 6ª Turma, **Recurso Especial n.º 643.012**, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03/04/2007, DJ 07/05/2007.

BRASIL. STJ. 6ª Turma, **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 15.662/PR**, Rel. Min. Vicente Leal, j. 11/03/2003, DJ 07/04/2003.

BRASIL. STJ, 6ª Turma, **Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n.º 8.426/PR**, Rel. Min. Vicente Leal, j. 05/03/1998, DJ 23/03/1998.

BRASIL. STJ, 6ª Turma, **Recurso Especial n.º 643.012**, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 03/04/2007, DJ 07/05/2007.

BRASIL. TST, 3ª Turma, **Recurso de Revista n.º 483786**, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula, j. 22/08/2001, DJ 14/09/2001.

BRASIL. TST, SDC, **Remesa Ex Officio e Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n.º 720236**, Rel. Min. José Luciano de Castilho Pereira, j. 08/08/2002, DJ 04/10/2002.

BULOS, Uadi Lamêgo. **Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data: Constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1983.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHUEIRI, Vera Karam de. Como Levar o Supremo Tribunal Federal à Sério: sobre a suspensão de tutela antecipada n. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.9, p. 45-66, jan-jul de 2009.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os Writs na Constituição de 1988**: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular. 2ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ªed. São Paulo: LTR, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ªed. São Paulo: Atlas, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Liberalismo, Constitución y Democracia**. Buenos Aires: La Isla de la luna, 2003.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. O direito de greve dos servidores públicos após o julgamento dos mandados de injunção n.º 670, 708 e 712 pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: v.20, n.231, p. 83-100, setembro 2008.

ELY, Jonh Hart. **Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 34ªed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FOLHA ONLINE. Governo avalia que STF acabou com 90% das greves do funcionalismo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u340315.shtml>>. Acesso em 17/10/2011.

GABARDO, Emérson. **O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal** – uma antítese do critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. 396f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

GARGARELLA, Roberto. **La Justicia Frente Al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 12ªed. São Paulo: Saraiva, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HACHEM, Daniel Wunder. **A Concretização Jurisdicional de Direitos Fundamentais**: elementos para uma nova construção do mandado de injunção no direito brasileiro. 186f. Trabalho de Graduação (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

_____. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A Greve do Servidor Público Civil e os Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_34/artigos/Art_carlos.htm>. Acesso em: 10/10/2011.

LOPES, Luciane Cristine. A greve dos servidores públicos: nova abordagem Constitucional. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo, v.22, n. 253, p. 220-221, julho 2010.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara de. **Mandado de Injunção**: um instrumento de efetividade da Constituição. São Paulo: Atlas, 1999.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdicional na sociedade órfã. Tradução: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov.2000.

MEIRELLES, Hely Lopes; MENDES, Gilmar Ferreira; WALD, Arnoldo. **Mandado de Segurança e Ações Constitucionais**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MOMEZZO, Marta Casadei. **Mandado de Segurança Coletivo**. São Paulo: LTR, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ªed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NAHAS, Thereza Christina. Considerações sobre a greve no serviço público. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo. v.3, n. 29, p. 15-22, maio 2008.

NOGUEIRA, Patrícia Ether; VIEIRA, José Ribas. Muta  o constitucional, supranacionalidade e bloco de constitucionalidade. Marcos interpretativos na questão do depositário infiel pelo STF. **Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes**, v. 14, p. 13-28, 2009.

PINHEIRO, Danielle Damasceno. O direito de greve dos servidores públicos e o entendimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista IOB de Direito Administrativo**. São Paulo, v.2, n.22, p.58-70, outubro 2007.

PIOVESAN, Flávia Christina. **Prote  o judicial contra omissões legislativas**: a  o direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injun  o. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.

QUEIROZ, Luís César de. Mandado de injun  o e inconstitucionalidade por omissão. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política – IBDC**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, p. 210-211, abr./jun 1998.

REPÓRTER BRASIL. Para sindicalistas, projeto do governo ameaça direito de greve. Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1062>>. Acesso em 17/10/2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **O Mandado de Injun  o Finalmente Terá sua Lei**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/370/253>>. Acesso em 04/10/2011.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Estruturantes do Direito Eleitoral**. 345f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Gradua  o em Direito, Curso de Doutorado em Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

_____. **Tijolo por Tijolo em um Desenho (Quase) Lógico**: vinte anos de constru  o do projeto democrático brasileiro. 237f. Disserta  o (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e A  es Coletivas**: Acesso    justiça, jurisdi  o coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTR, 2003.

SIDOU, José Maria Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf>. Acesso em 24/09/2011.

SINDIFISCO NACIONAL. **Congresso promulga Convenção 151 da OIT**. Disponível em: <http://www.sindifisconacional.org.br/index.php?Option=com_content&view=article&id=7048:Negocia%C3%A7%C3%A3o%20coletiva&catid=44:sindifisco-noticias&Itemid=72&lang=pt>. Acesso em 17/10/2011.

SITE DA CAMARA DOS DEPUTADOS. <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em 10/10/2011.

SITE DO SENADO FEDERAL. <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 10/10/2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass. ***Radical in Robes: why extreme right-wings courts are wrong for America***. New York: Basic Books, 2005.

TERRA NOTÍCIAS. **Controladores de voo entram em greve no País**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI1518559EI306,00-Controladores+de+voo+entram+em+greve+no+Pais.html>>. Acesso em 17/10/2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle (Org.). **O Ativismo Jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VIEIRA, José Ribas. O Supremo Tribunal Federal como arquiteto institucional: a judicialização da política e o ativismo judicial. **Revista Versus**, v. 2, p. 76-84, 2009.

VIEIRA, José Ribas [et. al.]. Os Vinte Anos de Vigência da Constituição Federal de 1988 no Marco do Ativismo Judicial: os casos da manipulação das células tronco embrionárias e do amianto. In: AZAR FILHO, Celso Martins; OLIVEIRA, Fábio Côrrea Souza de; FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe (Orgs.). **Direito Constitucional no Terceiro Milênio**. Rio de Janeiro: Qualimark Editora, 2010, p. 187-229.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**. v. 8, p. 441-463, jul./dez.2008.